CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. HENRI MAYRAS, presentadas el 16 y 17 de junio de 1975 *

Indice

Introducción general 607

I. Características del mercado del azúcar 609

II. La organización común de mercados en el sector del azúcar 611

III. La concertación entre productores europeos 620

IV. Aplicabilidad de las normas sobre la competencia a la agricultura ... 627

V. Motivos formales de carácter general 632

VI. Protección del mercado italiano: el problema de las importaciones de azúcar 636

VII. Protección del mercado neerlandés 648

VIII. Protección del mercado de la República Federal de Alemania 670

IX. Concertación relativa a las licitaciones para las restituciones por azúcar comunitario exportado a países terceros 694

X. Sanciones pecuniarias impuestas 704

Conclusión 709

* Lengua original: francés.

Señor Presidente,
Señores Jueces,

Introducción general

Fue al final de la primera campaña que siguió a la entrada en vigor del Reglamento nº 1009/67/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1967, por el que se establece la organización común de mercados en el sector del azúcar (DO 1967, 308, p. 1; en lo sucesivo, también «Reglamento de base»), cuando la Comisión de las Comunidades Europeas fue informada acerca de la existencia de obstáculos a la libertad de intercambios comunitarios de azúcar.

A la Comisión, además de las negativas de venta de las que se quejaron algunos usuarios de azúcar, le llamaron la atención también diversos hechos:

- la agrupación, desde el 1 de julio de 1968, de los productores alemanes en entidades comercializadoras, cuyos territorios están delimitados estrictamente, y la intervención del Bundeskartellamt de Berlín respecto a una de estas organizaciones, Südzucker Verkauf, para reclamar cierta información relativa a contratos que esta última había celebrado con sus agentes comerciales y a los descuentos por fidelidad que concedía;

- el acuerdo celebrado por los fabricantes de azúcar franceses, bajo la égida de la Association de défense des intérêts économiques et sucriers, para la campaña 1968/1969, que fue notificado a la Comisión el 31 de octubre de 1968 aunque ésta no definió su postura sobre él;

- la celebración, asimismo, de acuerdos de cooperación entre productores neerlandeses, cuya apreciación por la Comisión, a la luz del artículo 85 del Tratado, es objeto de un procedimiento que no ha concluido;

- por último, el estallido en los Países Bajos, en marzo de 1969, de una «guerra de precios» del azúcar.

Como estos elementos inducían a presumir la existencia de prácticas restrictivas de la competencia en el mercado comunitario, desde 1969 la Comisión, de acuerdo con el Reglamento nº 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, Primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado (DO 1962, 13, p. 204; EE 08/01, p. 22), efectuó inspecciones y reunió información procedente de numerosos productores, comerciantes y usuarios de azúcar.

Al final de estas investigaciones, la Comisión inició de oficio, el 31 de mayo de 1972, el procedimiento previsto por el apartado 1 del artículo 3 de dicho Reglamento contra veintidós productores y organismos de venta, así como contra sus miembros, que representan aproximadamente

nueve décimas partes de la producción comunitaria.

Las imputaciones formuladas contra dichas empresas les fueron notificadas entre el 24 y el 29 de julio siguiente, concediéndoseles un plazo de dos meses para presentar por escrito su oposición.

Una vez que las empresas hubieron respondido a esta invitación, sus representantes, conforme al apartado 1 del artículo 19 del Reglamento nº 17, prestaron declaración verbalmente ante funcionarios de las Direcciones Generales de la Competencia y de Agricultura de la Comisión, en presencia de funcionarios de los Estados miembros interesados.

Por último, después de haber recibido, el 5 de diciembre de 1972, el dictamen del Comité Consultivo en materia de prácticas restrictivas y de posiciones dominantes, el 2 de enero de 1973 la Comisión, basándose en los artículos 85 y 96 del Tratado, adoptó su Decisión 73/109/CEE, relativa a un procedimiento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE (IV/26.918 – Industria europea del azúcar; DO L 140, p. 17), notificada a veintidós empresas. La Comisión, por un lado, les requirió para que pusieran fin inmediatamente a las infracciones comprobadas y, por otro, impuso multas a dieciséis de las empresas por un importe total de 9 millones de unidades de cuenta.

Unicamente estas últimas empresas impugnaron la Decisión ante el Tribunal de Justicia, pidiendo, con carácter principal, su anulación y, subsidiariamente, su revocación en lo que se refiere a la cuantía de las multas impuestas.

Sin contar el reciente asunto Frubo, me parece que es la primera vez que el Tribunal de Justicia ha de hacer frente, de manera tan directa, al problema de la aplicación de las normas del Tratado relativas a la competencia en la producción y el comercio de un producto agrícola (artículo 42 del Tratado) que es objeto de una organización común de mercado (artículo 40).

A este problema se suma otro distinto: los instrumentos y mecanismos establecidos por un Reglamento que establece una organización común de mercados y por las disposiciones comunitarias de aplicación, por una parte, y los regímenes mantenidos o creados por las autoridades nacionales en el mismo sector, por otra, ¿pueden asegurar o permitir, siempre que no haya ni práctica colusoria ni abuso de posición dominante, la libre circulación del producto de que se trate y la libre competencia entre productores?

Este problema, que corre el riesgo de plantearse cada vez con más frecuencia a las autoridades comunitarias, no es nuevo para las autoridades de defensa de la competencia de los Estados miembros. Se trata sobre todo del problema de las prácticas colusorias a las que se refiere el artículo 59 del

Decreto Legislativo francés de 30 de junio de 1945 «que son consecuencia de la aplicación de un texto legal o reglamentario»; e igualmente del problema de las «prácticas colusorias entre titulares de explotaciones agrícolas o asociaciones de titulares de explotaciones agrícolas» a las que se refiere expresamente la Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Ley alemana contra las prácticas restrictivas de la competencia; en lo sucesivo, «GWB»; apartado 1 del artículo 100).

En el plano comunitario, la interferencia del Derecho de la competencia con la existencia de organizaciones comunes de mercado de productos agrícolas afecta en especial al Reglamento nº 26 del Consejo, de 4 de abril de 1962, sobre aplicación de determinadas normas sobre la competencia a la producción y al comercio de productos agrícolas (DO 1962, 30, p. 993; EE 08/01, p. 29), cuyo artículo 2 declara el apartado 1 del artículo 85 del Tratado inaplicable a los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas que formen parte integrante de una organización nacional de mercado o que sean necesarios para la realización de los objetivos enunciados en el artículo 39 del Tratado.

Estas consideraciones explican que, antes de entrar en el examen de los recursos, me haya parecido útil exponer las características esenciales del mercado del azúcar y definir el contexto normativo en que se sitúa el comportamiento de las demandantes.

I. *Características del mercado del azúcar*

Desde hace mucho tiempo, el azúcar, lo mismo que sus materias primas, la caña o la remolacha, ha sido objeto, en el plano nacional, de medidas de intervención de los poderes públicos y de acuerdos entre operadores económicos.

Actualmente no hay todavía ningún país en el que la economía azucarera se deje al libre juego de las fuerzas del mercado.

En el desarrollo del cultivo de la remolacha y de la caña y la competencia entre los azúcares obtenidos de estas dos plantas influyeron de manera decisiva los subsidios concedidos a los fabricantes de azúcar de remolacha.

Sin remontarnos a las medidas decretadas por Napoleón I durante el bloqueo continental en favor de la producción azucarera, estas intervenciones empezaron a desempeñar un papel importante en Europa a partir de la segunda mitad del siglo XIX. Se tradujeron en múltiples medidas de ayuda y de protección concedidas por los Gobiernos nacionales a los productores de remolacha y a los fabricantes de azúcar. Cualesquiera que fueran las condiciones de dichas medidas, su financiación recaía finalmente sobre los consumidores o sobre los contribuyentes, hasta el extremo de que, en 1843, Lamartine, poeta pero también político, proclamó en la Asamblea Nacional:

«Os prohíbo llamar nacional a la industria azucarera. Lo único que tiene de nacional son las cargas que hace recaer sobre el país».

Esta política desembocó en un dumping generalizado, que trajo consigo el hundimiento de las cotizaciones en el mercado mundial, perjudicando así el desarrollo de los países productores de caña.

Como reacción, estas intervenciones de los poderes públicos o los acuerdos privados dieron lugar, en el plano internacional, a intentos de organizar de manera más o menos liberal la producción y los intercambios, asegurando al mismo tiempo una cierta estabilidad del mercado y adaptando, sin demasiados sobresaltos, el volumen de producción al de consumo. Citaré al respecto el Convenio firmado en Bruselas el 5 de marzo de 1902 y, como más reciente, el International Sugar Agreement, que fijó en particular las cuotas de exportación de los países que son exportadores netos.

El mercado mundial del azúcar es, en rigor, un mercado residual muy estrecho, que apenas representa más del 15 % de la producción mundial. Ya en 1960 dos terceras partes del azúcar objeto de intercambios internacionales se vendía a precios especiales, garantizados y fijados mediante acuerdos; el precio mundial, tal como fue definido por el Acuerdo Internacional sobre el Azúcar, no se aplicaba más que a cerca de un tercio del comercio internacional de dicho producto.

Esta desproporción se agravó aún más: de los 80 millones de toneladas de producción mundial en 1974, 55 millones de toneladas se consumían en los propios países productores. El resto, 25 millones de toneladas, es decir, algo más de la tercera parte de la producción, era objeto del comercio internacional. Pero se intercambiaban 13 millones de toneladas en el marco de acuerdos bilaterales, como la Sugar Act estadounidense, el Commonwealth Agreement o el Acuerdo celebrado entre Cuba y la Unión Soviética. Se trata en estos casos de mercados preferenciales. De este modo, la cantidad de azúcar que verdaderamente llega al mercado mundial se cifra en sólo 12 millones de toneladas. Habida cuenta de esta situación, dicho mercado, muy sensible a las crisis políticas o económicas, está sujeto igualmente a la especulación. Se establece así una estrecha relación entre la variación de las existencias y la evolución de las cotizaciones, a pesar de los métodos modernos de comercialización y transporte, que normalmente deberían privar de justificación a la acumulación de existencias excesivas.

Por más que los stocks resulten en cierta medida necesarios, por la brevedad de la campaña azucarera propiamente dicha y por la necesidad de garantizar la continuidad entre las campañas, tienen un carácter eminentemente especulativo. En efecto, basta con que falten algunos centenares de miles de toneladas para que los precios se disparen por encima del coste de producción más elevado o, por el contrario, se desplomen hasta caer por debajo del precio de coste cuando existe un excedente, conocido o latente, de uno o dos millones de toneladas.

Estas variaciones se acentúan además por el juego de la especulación en los mercados de futuros de Nueva York, Londres y París. Hay razones para pensar que los períodos de escasez, siempre relativos, no son más que accidentes provisionales en el desarrollo de una producción que no cesa de crecer y a la que el consumo está lejos de alcanzar. Efectivamente, en los países industrializados desarrollados, el consumo aumenta prácticamente sólo en la medida en que lo hace el crecimiento demográfico, que presenta una tasa muy moderada; por el contrario, en los países del tercer mundo, donde el crecimiento de la población es importante, el consumo permanece frenado por el bajo nivel de vida.

Por lo que respecta al mercado comunitario, se caracterizaba, al igual que el mercado mundial de entonces, por una clara tendencia a la sobreproducción.

Durante las cuatro campañas 1968/1969 a 1971/1972, a las que se refieren estos asuntos, la producción total de azúcar blanco en la Comunidad pasó de 6.800.000 toneladas a aproximadamente 8.100.000 toneladas.

En el mismo período el consumo sólo aumentó de 5.900.000 toneladas a 6.500.000 toneladas, es decir, entre 120.000 y 150.000 toneladas al año.

Por lo tanto, el exceso de la producción sobre el consumo comunitario fue de un 11 % a un 24 %.

Si se distribuyen estas cifras entre los cinco Estados miembros –considerando que Bélgica y Luxemburgo constituyen uno solo– se comprueba que dos Estados, Francia y Bélgica, siempre han registrado un exceso de producción, mientras que los demás presentaban una balanza bien equilibrada, o bien deficitaria. Italia padece un déficit estructural.

A lo largo de este período, las corrientes de intercambios comunitarios no han aumentado en proporciones considerables, con excepción de las importaciones en Italia.

Por lo que respecta a las exportaciones comunitarias de azúcar blanco en el mercado mundial, pasaron de 1.100.000 toneladas en 1968/1969 a 1.600.000 toneladas en 1971/1972.

II. *La organización común de mercados en el sector del azúcar*

El Reglamento nº 1009/67 se destinaba a regular este sector muy específico de la producción azucarera, tratando de conciliar objetivos tan contradictorios como el mantenimiento del nivel de vida de los titulares de explotaciones remolacheras, la estabilización de los mercados, la seguridad de los abastecimientos, el incremento de la productividad según criterios racionales y, por último, un nivel razonable de precios al consumo.

A decir verdad, sólo el aspecto agrícola de la producción de azúcar, es decir, esencialmente la agricultura de la remolacha, debería estar sometido a las disposiciones agrícolas del Tratado, debiendo quedar la industria azucarera sujeta, como el resto de las industrias de la Comunidad, al régimen general y, en particular, a las normas sobre la competencia. Y podría parecer que es razonar al revés hacer depender el precio del producto objeto de protección –la remolacha o, accesoriamente, la caña- del precio del producto posterior, el azúcar. Sin embargo, tal como manifestó la Comisión en sus propuestas iniciales de organización del mercado, «a causa de las particularidades de la comercialización de la remolacha, los ingresos de los cultivadores de remolacha sólo pueden garantizarse a través del precio del azúcar».

Era por otra parte imposible conseguir en todos los Estados miembros unos precios de la remolacha comparables, habida cuenta sobre todo de las condiciones dispares que regían las relaciones entre cultivadores de remolacha y fabricantes de azúcar. Además, el mercado mundial del azúcar se basa en el precio del azúcar blanco.

Por tanto, los autores del Reglamento nº 1009/67, inspirándose a este respecto en la normativa neerlandesa anterior, intentaron superar esta dificultad teniendo en cuenta la fase del producto transformado. El productor agrícola sólo consiguió que se la garantizase un precio adecuado de manera indirecta, al establecerse un vínculo entre el precio de intervención válido en la zona de producción considerada y el precio de la remolacha.

Dicho esto, las disposiciones del Reglamento nº 1009/67 que están más directamente relacionadas con los presentes asuntos se refieren al régimen de precios, a los contingentes nacionales y al régimen de ayudas; delimitan el mercado y establecen su marco tanto en la fase de producción como con respecto a los precios.

El azúcar blanco de nuestras sociedades industrializadas es un producto homogéneo y rigurosamente estandarizado. Es el precio, más que la marca, lo que determina la decisión del comprador.

No obstante, la normativa comunitaria parte de la existencia de cuatro calidades de azúcar, sobre todo a efectos de la compra de azúcar por los organismos de intervención.

De estas cuatro calidades, es la categoría 3 («calidad o categoría standard», calidad básica del azúcar blanco en la Bolsa de París) la que, teóricamente, reviste mayor importancia: según los artículos 2 y 3 del Reglamento de base, los precios indicativo y de intervención se fijan anualmente en función de ésta.

Digo «teóricamente» porque, de hecho, esta calidad no era producida por los fabricantes de determinados países, que sólo ofrecían las variedades más caras (categorías 1 y 2).

Por el contrario, la industria transformadora consideraba esta calidad satisfactoria para sus productos. En particular, el deseo de los confiteros alemanes de abastecerse de azúcar de esta categoría chocó, al poco de la entrada en vigor de la organización comunitaria, con una negativa pura y simple por parte de la industria azucarera. De nada les servía utilizar el azúcar de esta calidad producido en los otros Estados miembros, porque los gastos de transporte de este último azúcar equivalían aproximadamente al suplemento de precio exigido por el de la categoría inmediatamente superior. Esta situación dio lugar, en 1969, a la apertura por el Bundeskartellamt de una investigación que, al parecer, no tuvo consecuencias.

La producción de variedades de azúcar más caras se vio también favorecida por el sistema comunitario de intervención: un productor obtiene, por el azúcar de la categoría 1 ofrecido a la intervención, un precio claramente superior al precio del azúcar de la categoría 2 y más elevado que los gastos efectivamente ocasionados por la transformación.

Seguidamente, los productores consiguieron que la calidad 2, más cara, fuese reconocida como calidad standard en lugar de la categoría 3, que supuestamente carecía de demanda, lo que llevó a un incremento del margen de transformación de las refinerías de 0,50 unidades de cuenta por 100 kg, margen que ya se había elevado en 0,88 unidades de cuenta por 100 kg en 1971/1972.

Examinaré a continuación las disposiciones relativas a los precios.

En un principio, la Comisión había propuesto al Consejo que orientase la producción y el mercado del azúcar –como en las demás organizaciones de mercado– únicamente mediante el mecanismo de los precios, contemplándose la contingentación de la producción sólo como último recurso para estabilizar el mercado en caso de desequilibrio grave.

Ahora bien, bajo la presión de las delegaciones alemana e italiana, que se sumaron a la postura mantenida por los cultivadores de remolacha y por los fabricantes de azúcar nacionales y, además, con el apoyo de la Asamblea Parlamentaria Europea (Resolución de 20 de enero de 1965), el sistema de cuotas nacionales se mantuvo junto al régimen de precios y vinculado a este último.

Si bien la organización comunitaria del mercado azucarero no incluye directamente en su ámbito de aplicación la fase del comercio al por mayor y al por menor, se caracteriza, en comparación con las demás organizaciones de mercado, por un control muy intenso de las fases ulteriores del proceso en materia de precios, desde el producto terminado al producto bruto. El precio indicativo se fijó para el azúcar blanco, producto de primera transformación o incluso producto terminado, mientras que, en las demás organizaciones, el precio indicativo se establece sobre la base de la materia prima agrícola. Como ya he dicho, casi siempre sucede que la remolacha azu-

carera no es, en estado natural, una mercancía comercializable y exportable propiamente dicha.

Como se sabe, el Reglamento nº 1009/67 dispone que el Consejo fijará anualmente, al menos por lo que se refiere al azúcar producido en el mercado común, un precio indicativo, por un lado, y un precio de intervención, por otro, cuyas funciones respectivas en una organización común de mercado es oportuno recordar.

El primero responde a un objetivo económico: es el precio al cual, o en torno al cual, se desea que se efectúen las transacciones en el mercado interior de la Comunidad.

El precio de intervención es aquel al que los organismos de intervención facultados por los Estados miembros tienen la *obligación* de comprar el azúcar que les ofrecen los productores. Fijado a un nivel ligeramente inferior al del precio indicativo, tiende a hacer posible la circulación del producto de que se trata; pero es también un precio garantizado, un precio mínimo, en la medida en que el *funcionamiento normal* de la intervención debería garantizar a los operadores económicos que el precio de mercado no puede, en principio, caer, salvo excepción limitada en el tiempo y en el espacio, por debajo del precio de intervención.

A este respecto, el Reglamento nº 1009/67 no difiere en nada, en cuanto a sus objetivos, de la mayoría de los textos que rigen las organizaciones comunes de mercado de los productos agrícolas. La Comisión, que ha tenido ocasión, con motivo de numerosos litigios relativos a la ejecución de dichas organizaciones, de definir ante el Tribunal de Justicia el sentido y el alcance de los conceptos de precio indicativo y de precio de intervención, no podría pues, en los presentes asuntos, apartarse de la posición que siempre ha mantenido.

Pero el régimen aplicable al azúcar se distingue, en lo relativo al modo de fijación de los precios, del sistema tradicional aplicado en otros sectores.

En el de los cereales, por ejemplo, el precio indicativo de base y el precio de intervención se fijan respecto a la zona de producción más deficitaria (Duisburg, en Alemania), que resulta ser además una zona de gran consumo; los precios que se derivan de éstos disminuyen conforme se aplican más lejos de esta zona.

Existe, por tanto, una regionalización efectiva de los precios.

Ahora bien, para el azúcar se eligió un sistema inverso.

El precio indicativo común y el precio de intervención se fijan para la zona de producción más excedentaria de la Comunidad, es decir, la región constituida por los ocho departamentos azucareros del norte de

Francia. Este precio es válido también para los tres países del Benelux y para Alemania.

No se previó una verdadera regionalización de los precios, a semejanza del sector cerealista.

Verdad es que las regiones que son a la vez productoras y consumidoras de azúcar están relativamente cerca unas de otras y que los Estados miembros, con la notable excepción de Italia y, accesoriamente, de Luxemburgo, están en condiciones de cubrir casi todas sus necesidades de azúcar para el consumo humano con su propia producción.

La primera consecuencia de esta situación, que depende además de factores naturales y climáticos, es que los intercambios apenas se realizan fuera de la región.

Unicamente se fijaron precios derivados indicativo y de intervención para Italia y para los departamentos franceses de Ultramar.

La regionalización de los precios para la zona deficitaria más alejada (Palermo) se realiza sumando los gastos de transporte desde el norte de Francia hasta Italia. En la medida en que estos precios derivados se desvían al alza de los que se fijaron para la zona de producción principal, este sistema tiene además la consecuencia de favorecer a los productores marginales.

De este modo, la posición competitiva de los productores no resulta apenas afectada por su localización con respecto a la zona de producción principal sino más bien por el grado de autoabastecimiento de las regiones de consumo.

La organización común sustituyó así, en cierto modo, a las disposiciones nacionales relativas a la compensación de los gastos de transporte. La proximidad o lejanía de la zona de producción principal, al menos en lo relativo a Italia, sólo tiene una reducida incidencia en los ingresos de los productores, que se sitúan dentro de la horquilla precio indicativo - precio de intervención.

Dado que, salvo raras excepciones, la situación de las fábricas nacionales de azúcar en relación con las regiones nacionales de consumo es más favorable que la situación del productor de azúcar de los otros Estados miembros, era previsible que los intercambios intracomunitarios continuarían siendo reducidos, incluso en la hipótesis de una distribución óptima del azúcar y de una reducción al mínimo de los costes de transporte.

Por último, el precio de intervención, precio garantizado, debe situarse entre los ingresos del productor de remolacha y el precio que, al formarse en el mercado, debería en principio tender a coincidir con el precio indicativo.

Entre estos dos extremos, se solicitó al Consejo que tuviera en cuenta la necesidad

de garantizar a los titulares de explotaciones agrícolas un poder adquisitivo aceptable, de manera que se evitara una regresión del cultivo de remolacha. Además, mientras que la diferencia entre el precio indicativo y el precio de intervención asciende a un 8 % para los cereales, los autores del Reglamento redujeron este margen a un 5 % para el azúcar. Esta diferencia se consideró suficiente porque, en contraste con lo que sucede con la mayoría de los productos agrícolas, la comercialización del azúcar, producto que se conserva bien, entraña sólo un riesgo limitado.

Estas consideraciones explican que el precio de intervención se fijase en un nivel relativamente elevado, particularmente rentable al menos para los productores más eficientes y mejor situados.

Pero, se dirá, esta circunstancia habría debido inclinar a los productores que dispusieran de excedentes a ofrecerlos a los organismos de intervención que, sin superar el límite de las cuotas nacionales, tienen la obligación de comprar todo el azúcar que se les presente. Estos organismos sólo pueden comercializarlo de nuevo en el mercado interior a un precio superior al de intervención; sólo están autorizados para vender azúcar a un precio inferior para su desnaturalización o sólo pueden comercializarlo al precio mundial si lo exportan a países terceros, en estado natural o transformado.

Ahora bien, es evidente que, durante el período que interesa, este sistema de intervención funcionó muy poco –y, por otra parte, mal– y con pérdidas, porque los organismos apenas vendieron, en condiciones inferiores al precio de intervención, azúcar destinado a la desnaturalización o a la exportación fuera de la Comunidad.

Si se hubieran adquirido tonelajes importantes en el marco de la intervención, la Comisión habría podido, al parecer, mantener las cotizaciones del mercado a un nivel considerablemente cercano al precio de intervención mientras la producción fuese manifiestamente excedentaria. Este era ciertamente el caso, ya que, durante el período considerado, en promedio, la producción superó al consumo interior en un 16 %.

Por su parte, los productores habrían estado interesados, en principio, en presentar sus excedentes a los organismos de intervención –al precio mínimo garantizado, por tanto– si, en el mercado libre, el precio del azúcar hubiera tendido a descender, a causa de la presión de los excedentes, a un nivel inferior.

Pero es preciso reconocer que esta situación nunca se produjo de manera significativa, ni siquiera en países muy excedentarios como Francia o Bélgica. Por el contrario, es un hecho que, salvo limitadas excepciones, los productores de estos países y en especial Raffinerie Tirlemontoise mostraron una resistencia manifiesta a ofrecer azúcar a los organismos de intervención, cualesquiera que fuesen los pretextos aducidos para justificar esta abstención.

La verdadera razón es, sin duda, que dichos organismos constituían, para los productores, competidores potenciales peligrosos, capaces de ejercer una influencia no desdeñable en el mercado si hubieran podido intervenir en él de manera significativa.

En ello advierto, en segundo lugar, la confirmación de que el precio garantizado se fijó en un nivel más elevado que el exigido para prevenir el riesgo de una reducción del cultivo de remolacha, por más que hubiera sido deseable una mejor distribución de este cultivo en la Comunidad.

Por último, estas consideraciones me inducen a pensar que en realidad, y a pesar de la presión de los excedentes, se creó una escasez en cierto modo artificial, mediante unas restituciones a la exportación y primas de desnaturalización que constituían una ventaja indiscutible para la industria azucarera.

La particularidad más señalada de la organización común del mercado del azúcar, que la distingue de todas las demás organizaciones de mercado de la Comunidad Económica Europea, reside en la fijación de cuotas de producción.

Este régimen fue establecido, con carácter transitorio, mediante el apartado 1 del artículo 23 del Reglamento nº 1009/67 para un período que debía concluir el 1 de julió de 1975; pero es sabido que recientemente ha sido prorrogado, sin perjuicio de la modificación de las cuotas.

En contra, por tanto, de las propuestas iniciales de la Comisión, esta organización del mercado no supone la realización efectiva de la libertad de producción. De hecho, conduce a su contingentación.

Las cuotas nacionales de base, expresadas en azúcar blanco, se fijaron para cada uno de los Estados miembros sobre la base de un objetivo comunitario global de producción de 6.480.000 toneladas por campaña. En el período que interesa, ascendieron a 1.750.000 toneladas para la República Federal de Alemania, 2.400.000 toneladas para Francia, 1.230.000 toneladas para Italia, 550.000 toneladas para los Países Bajos y el mismo tonelaje para Bélgica y Luxemburgo, siendo prácticamente inexistente la producción en este último Estado.

Las autoridades nacionales de cada Estado distribuyen estas cuotas nacionales, derivadas del objetivo de producción de base, entre las fábricas y empresas situadas en su territorio en función, por una parte, de su producción anual media durante un período de referencia y, por otra, del volumen de la cuota nacional.

Este sistema, junto con el régimen de precios, tiende a limitar la producción y a fomentar su especialización regional, pero garantizando siempre un nivel mínimo de producción, incluso en las regiones menos aptas para el cultivo de la remolacha. Por tanto, la especialización regional debería referirse, como se verá, a la producción que supere las cuotas de base.

Con la contingentación de la producción se intenta igualmente conseguir la garantía de los precios. Esta garantía, con respecto al precio de intervención, se concedió en un principio no sobre el 100 % del consumo humano estimado en la Comunidad, sino sobre el 105 % de este consumo.

Tras haber aumentado mucho en los años anteriores a la campaña 1964/1965, a causa tanto de un incremento del consumo por habitante como del crecimiento demográfico, el consumo de azúcar destinado a la alimentación humana sólo ha experimentado progresos más lentos y limitados, registrándose incluso un descenso parcial del consumo por habitante en Alemania, Bélgica y Países Bajos.

De ello se deriva que, al establecer las cuotas de base, el Consejo se basó en una hipótesis «optimista» y que, desde la primera campaña, la suma de dichas cuotas superaba el consumo humano en 500.000 toneladas, es decir, cerca del 10 % en el conjunto de la Comunidad.

Además, para la parte de la producción que supera este contingente del 105 %, se establece el concepto de «cuota máxima» fijada en el 135 % de la cuota de base, con lo que los fabricantes de azúcar pueden aún, sin superar este límite, tener garantizadas las ventas, pagando sin embargo una cotización a la producción de la que el 60 % puede imputarse a los proveedores de remolacha y sólo el 40 % recae en los propios fabricantes de azúcar.

Por tanto, esta cotización produce el efecto no sólo de reducir el margen de producción del fabricante de azúcar, sino también de recortar considerablemente el precio pagado al cultivador de remolacha. De algún modo, es una cotización de reabsorción.

Ahora bien, como se estableció un techo máximo aplicable a la cotización a la producción y ésta habría sido más elevada de no existir dicho máximo, ello implica que el coste de reabsorción de los excedentes recayó no sólo sobre los productores sino también sobre el conjunto de la Comunidad.

Respecto a las cantidades de azúcar producidas por encima de la cuota máxima, no pueden comercializarse en el mercado interior; deben exportarse en estado natural fuera de la Comunidad sin que los productores puedan percibir restituciones a la exportación.

Ahora bien, el aumento de la producción durante el período considerado tiende a probar que, salvo en Italia, los productores no se limitaron a las cuotas de base que se les habían atribuido. Utilizaron ampliamente las cuotas máximas a pesar de la exigencia de la cotización a la producción, que reducía considerablemente sus ingresos. Es cierto, por tanto, que tenían interés en producir por encima de las cuotas de base. En Francia, Bélgica y los Países Bajos sucedió incluso que se superaron las mismas cuotas máximas.

Al final de este análisis, del sistema del régimen establecido por el Reglamento nº 1009/67 pueden desprenderse dos observaciones en lo que se refiere a los precios, por una parte, y a las cuotas de producción, por otra.

1) Hay que reconocer que el método de fijación de los precios, en particular de los precios de intervención de base o derivados, no era el más adecuado para fomentar unos intercambios de azúcar de gran amplitud entre los Estados miembros.

2) No puede negarse que el régimen de cuotas nacionales tiende a restringir las cantidades de azúcar que los productores pueden comercializar en el mercado común; unido al elevado coste del transporte de un producto cuya relación valor/peso es débil, este régimen tiene, por tanto, una incidencia innegable en el volumen y la estructura de los intercambios intracomunitarios. Constituye en sí mismo un factor favorable a la compartimentación de los mercados nacionales, lo que por otra parte reconoció la misma Comisión en una reciente comunicación al Consejo y al Parlamento, el pasado mes de febrero.

¿Equivale esto a decir, sin embargo, que la organización común del mercado del azúcar excluía toda competencia eficaz, hasta el punto de que las prácticas concertadas que se reprochan a los principales productores europeos no podían, en todo caso, tener ningún efecto en los intercambios entre los Estados miembros?

No lo creo así en modo alguno.

En primer lugar, el régimen establecido por el Reglamento nº 1009/67 no modificó nada respecto a la distribución desigual de la producción comunitaria entre los Estados, en relación con los consumos nacionales. No alteró en absoluto el hecho de que existen países estructuralmente muy excedentarios, básicamente Francia y Bélgica, y países deficitarios, en especial Italia y en menor medida los Países Bajos y, al menos respecto a determinadas regiones y campañas, la República Federal de Alemania, cuya balanza azucarera se equilibró a partir de 1971.

Esta situación de hecho suponía la realización de intercambios intracomunitarios, al menos en la medida en que era necesario enjugar los déficit de los Estados que no estaban en condiciones de garantizar su autoabastecimiento.

Tales intercambios, además, los hizo posibles el artículo 35 del Reglamento que prohíbe, dentro del mercado común, todo derecho de aduana y toda restricción cuantitativa o medida de efecto equivalente, así como la utilización de un sistema de precios mínimos como el previsto en el artículo 44 del Tratado.

Ciertamente, estos intercambios comunitarios sólo podían ofrecer, respecto a la producción global, un mercado residual, referente únicamente a una pequeña cantidad de dicha producción; pero esta circuns-

tancia no podía producir la consecuencia de suprimir en él la competencia. Por el contrario, ésta debía ser tanto más viva cuanto que sólo podía referirse a cantidades relativamente reducidas en relación con el tonelaje global de los excedentes de producción de las regiones mejor situadas.

Por último, el régimen de precios comunitarios, que no son precios de venta a usuarios, comerciantes o consumidores, dejaba a los productores suficiente margen de libertad para la formación de los precios en el mercado, teniendo en cuenta su situación más o menos favorable, el rendimiento, sus instalaciones y el nivel real de su precio de coste.

A este respecto, la fijación de los precios de intervención en un nivel elevado permitía a los productores más especializados mostrarse particularmente competitivos y habría debido impulsarles a extender sus ventas a los mercados de sus competidores de los Estados miembros más próximos, en la medida en que el coste del transporte no constituía un obstáculo insuperable para ello.

Añadiré que, siendo el azúcar un producto homogéneo y muy estandarizado, a pesar de determinados hábitos de consumo, la competencia podía incidir no sólo en los precios sino también en las demás condiciones de venta.

Se puede deducir de todo ello que la organización común del mercado del azúcar no excluye un margen apreciable de competencia, que puede ser obstaculizada por prácticas concertadas a efectos del apartado 1 del artículo 85 del Tratado.

III. *La concertación entre productores europeos*

El procedimiento incoado por la Comisión la llevó a imputar a los principales productores europeos unas prácticas de este tipo, cuyo objetivo primordial y constante fue proteger los mercados nacionales o, por lo que respecta a Alemania, los mercados regionales, en los que estos productores, haciendo caso omiso de las posibilidades efectivas de competencia que ofrecía la organización común de mercado, se esforzaron por mantener su posición anterior haciendo prevalecer el principio de «cada uno a su casa».

Por tanto, la compartimentación de los mercados es el telón de fondo de las distintas imputaciones particulares que formuló la Comisión.

Procede, por consiguiente, determinar si estamos ante una práctica colusoria general o, por el contrario, únicamente ante prácticas aisladas y concretas.

A este fin, hay que evitar un planteamiento formal. Una presentación «atomizada» de las distintas infracciones que escindiera y separara artificialmente las imputaciones y

prescindiese a la vez del objetivo general de la práctica colusoria entre los productores y de la impresionante identidad de las técnicas empleadas para alcanzar dicho objetivo conduciría a transmitir una visión fragmentaria de las cosas.

Y a la inversa, el hecho de que la Comisión adoptara una Decisión única y de que el Tribunal de Justicia acordara la acumulación de los asuntos a efectos de la fase oral no debe llevar necesariamente a una generalización.

En realidad, es innegable que la Comisión, en un principio, partió de la idea de que existía una práctica colusoria global. Si, a lo largo del procedimiento, llegó a matizar esta tesis, es porque, a causa precisamente de la compartimentación de los mercados nacionales, se vio obligada inevitablemente a examinar por separado la situación creada por las prácticas concertadas en cada uno de estos mercados y, como es natural, finalmente sólo pudo imputar a cada una de las empresas implicadas las prácticas que, según su parecer, podían serles reprochadas.

Sin embargo, yo, por mi parte, no considero posible prescindir pura y simplemente de toda idea de concertación general pues, como después se verá, los vínculos que existían desde antes de 1968 entre los grandes productores europeos, el objetivo común de éstos y las semejanzas entre los medios empleados para alcanzar dicho objetivo explican su comportamiento desde el establecimiento de la organización común.

Como es sabido, los fabricantes afectados realizan por sí solos nueve décimas partes de la producción de azúcar de la Comunidad. En todos los países productores la concentración, que ya comenzó con fuerza desde antes de 1968, se reforzó aún más con posterioridad.

En Francia, país que es el principal productor europeo y muy excedentario, tres cuartas partes de la producción nacional la realizan cinco empresas: las sociedades Béghin y Say, fusionadas desde el 1 de enero de 1973, las sociedades Lebaudy Suc y Générale sucrière –esta última titular de una participación mayoritaria en el capital social de la primera desde 1972– y, por último, Sucre-Union. La sociedad Sucres et Denrées ocupa, por su parte, una posición preponderante en la comercialización del azúcar.

En Bélgica, país también excedentario, Raffinerie Tirlemontoise produce por sí sola más de la mitad del tonelaje nacional. Además, al controlar por medio de sus participaciones mayoritarias la producción de las fábricas de Warneton, Oreye y Moerbeke-Waes y, mediante contratos de comercialización, la de los establecimientos de Liers, Embressin y Naveau, ejerce –o está en condiciones de hacerlo– una influencia determinante sobre aproximadamente el 85 % de la producción belga.

En los Países Bajos, dos empresas, Coöperatieve Vereniging Suiker Unie (SU) y Centrale Suiker Maatschappij (CSM), vinculadas por acuerdos de cooperación,

efectúan la totalidad de la producción nacional y, si se tienen en cuenta las importaciones, controlan más de cuatro quintas partes del mercado.

En Alemania los productores se agruparon en entidades comercializadoras cuyos territorios están claramente delimitados:

- Norddeutsche Zucker para Schleswig-Holstein y una parte de Baja Sajonia;

- Westdeutsche Zuckervertriebsgesellschaft, para la parte occidental de Alemania, cuyo miembro más importante es la empresa Pfeifer & Langen que, por sí sola, representa aproximadamente la mitad de la producción de esta zona;

- por último, en la parte meridional de la República Federal, Südzucker Verkaufsgesellschaft, en cuyo seno Süddeutsche Zucker AG ocupa la posición más importante, con el 70 % de la producción.

También en Italia se incrementó la concentración. Tres grupos principales se reparten el mercado:

- el primero se constituyó en torno a la sociedad Eridania, que realiza más de una tercera parte de la producción;

- el segundo, el Gruppo Padano, se sitúa en la práctica al mismo nivel que el primero, a raíz de una serie de absorciones y tomas de control, en particular la de la Società italiana per l'industria degli zuccheri;

- un tercer grupo se constituyó a raíz de una concentración efectuada en torno a la Società agricola industriale Emiliana.

Por último, si bien el resto de la producción italiana la realizan algunas empresas de menor importancia, no existe una red comercial independiente para la comercialización del azúcar, que está en manos de los grandes productores.

Estas empresas europeas mantenían, con anterioridad a la entrada en vigor de la organización común del mercado, contactos que se habían visto favorecidos, si no institucionalizados, por la creación de agrupaciones, asociaciones o sindicatos a escala nacional.

Se trataba, en Bélgica, de la Confédération professionnelle du sucre et de ses dérivés; en Alemania, del Verein der Zuckerindustrie y de la Wirtschaftliche Vereinigung Zucker; en Francia, del Syndicat national des fabricants de sucre y de la Chambre syndicale des raffineurs; en Italia, de la Asociación nacional de fabricantes de azúcar o Assozucchero. En los Países Bajos existe una estrecha coordinación, como se ha dicho, entre las dos empresas que realizan la totalidad de la producción interior.

Estas organizaciones o productores nacionales crearon, a escala comunitaria, un Comité europeo de fabricantes de azúcar. En el marco de dicho Comité –y más concretamente de su Comisión del mercado común– se mantuvieron, antes de la entrada en vigor del Reglamento nº 1009/67, conversaciones sobre los efectos previsibles de la organización común de mercado y se estudiaron las medidas que debía adoptar la industria azucarera europea, en particular para «evitar el desequilibrio existente entre la cantidad de azúcar a precio garantizado y las necesidades del mercado interior».

Durante una reunión celebrada en Munich en mayo de 1968, a la que asistieron a la vez representantes de grupos nacionales y representantes directos de algunos productores, se manifestó la voluntad común de que «las soluciones a las que se llegue permitan a los fabricantes de azúcar realizar por sí mismos, tanto en el mercado interior como para la exportación, la comercialización de la totalidad de su producción».

El objetivo central, llevado a la práctica por medios idénticos en los distintos mercados nacionales, consiste en distinguir dos mercados:

- por una parte, el mercado del azúcar destinado al consumo humano, en el que los productores deseaban evitar cualquier incursión de sus competidores en su propio territorio de venta y mantener, mientras les fuera posible, el *statu quo* anterior mediante concertación;

- por otra, el mercado de los excedentes destinados a la desnaturalización o a la exportación a países terceros, sobre el que los interesados habían decidido ponerse de acuerdo para, según la fórmula recogida en el acuerdo celebrado entre fabricantes de azúcar franceses el 1 de julio de 1968, asegurar a cada uno de ellos «una igualdad de oportunidades» en sus ventas.

Es interesante a este respecto remitirse a una nota introductoria redactada por la Association syndicale francesa respecto a dicho acuerdo, que por otra parte fue notificado a la Comisión, así como a un anteproyecto de contrato relativo a una sociedad cooperativa de fabricantes de azúcar de Bélgica.

Estos documentos permiten comprender la posición de los interesados respecto a los dos mercados distintos y la conclusión que se debe extraer de ella, a saber, que «los productores de la Comunidad deben situarse en una posición de igualdad estricta respecto a los dos mercados, lo que equivale a decir que todos deben estar en situación de alcanzar el ingreso medio ponderado que corresponde a cada uno de los tonelajes absorbidos por los dos mercados de que se trata».

Para llegar a este resultado, el primero de dichos textos proponía medidas de organización especiales para el mercado de exportación y de desnaturalización.

Por el contrario, no proponía nada semejante para el mercado del azúcar destinado al consumo humano, porque la concertación entre los productores bastaba en este campo, para resolver el problema por procedimientos que podían aplicar las propias empresas sin dificultad, en función de una política que el representante de Raffinerie Tirlemontoise definió con precisión con la fórmula: «Ningún movimiento de mercancías de país a país, si no es previa concertación entre productor y productor».

Los intercambios intracomunitarios de azúcar debían de este modo ser objeto de lo que se dio en llamar «comercio de racionalización», que suponía una cooperación estrecha entre los grupos nacionales de productores-refinadores y constituía para ellos un mercado preferencial.

Para llevar a cabo esta política, que constituye a la vez el fundamento común de las diferentes prácticas concertadas objeto de imputaciones concretas y el medio esencial para controlar los suministros de azúcar de un Estado miembro a otro con el fin de proteger los mercados nacionales, se emplearon técnicas similares.

El primero de estos medios consistió en suministros directos de azúcar blanco o terciado de un país a otro, de productor a productor, es decir, entre empresas competidoras.

Las entregas de azúcar blanco se realizaron a menudo en embalajes proporcionados por los compradores y que llevaban su propia marca. Este azúcar se revendió al mismo precio que el de su propia producción. Los productores-proveedores rechazaron ofertas de compra formuladas tanto por comerciantes como por industriales usuarios de azúcar, afirmando que las cantidades disponibles debían reservarse a su mercado nacional.

Estas prácticas, aplicadas de forma habitual, no pueden justificarse convincentemente ni por la situación del mercado comunitario del azúcar ni por el mero interés comercial de los productores.

Sólo pueden explicarse por una política coordinada cuyos principios, establecidos por los principales productores, se dirigían al mantenimiento de la compartimentación de los mercados nacionales.

Prescindiendo del mercado italiano, en el que rige una normativa interna especialmente dirigista y, por otra parte, minuciosamente dispuesta para reservar la mayor parte de las importaciones a los fabricantes de azúcar nacionales, los suministros de productor a productor constituyen, cuando menos, un primer y muy serio indicio de una concertación con objeto de neutralizar el juego de la competencia en zonas de venta privilegiadas.

Este indicio se confirma por el hecho de que, si bien se realizaron de todos modos determinados suministros –en cantidades más modestas– a usuarios industriales o a comerciantes en estas zonas de venta protegidas, por lo general dichas operaciones sólo se realizaron con el consentimiento de los productores establecidos en dichas zonas. Además, tales suministros se limitaron, por ejemplo en los Países Bajos, al abastecimiento de la industria lechera. Por lo que se refiere al azúcar destinado al consumo humano directo, esos suministros fueron excepcionales.

También se utilizó otro procedimiento, dirigido a disuadir a los comerciantes o usuarios de comprar directamente azúcar producido fuera del país. Consistió en aplicar precios mas elevados, calculados en función de los precios fijados por los productores en su propio territorio, de forma que los compradores se vieron obligados en definitiva a comprar sólo a las empresas nacionales.

Por último, los productores ejercieron presión sobre los comerciantes para obligarles a ajustarse a su política, bien exigiéndoles que sólo actuasen en los países vecinos en las condiciones fijadas por las empresas de dichos países, bien imponiéndoles cláusulas de destino. De este modo prohibieron a sus compradores comercializar en el mercado del consumo humano las cantidades vendidas y destinadas a la desnaturalización, transformación por la industria o exportación a países terceros.

Los diversos medios mencionados se aplicaron conjuntamente o por separado, en función de la situación de los diferentes mercados nacionales, como se comprobará al examinar las distintas imputaciones.

En mi opinión, ello implica que, a falta de una práctica colusoria general en el sentido estricto del término, las prácticas concertadas entre unos y otros productores o grupos de productores respondían a una misma concepción y procedían de una voluntad común y no solamente de comportamientos paralelos, sino también autónomos, inspirados en consideraciones de mero interés comercial.

Por ello, si las pruebas de las prácticas concertadas deben apreciarse en concreto, en el marco de cada una de las imputaciones enumeradas por la Decisión impugnada y habida cuenta del comportamiento individual de cada una de las empresas, me inclino a creer que las características de dichos comportamientos responden a la definición de práctica concertada que el Tribunal de Justicia estableció por primera vez en los asuntos de las materias colorantes.

El Tribunal de Justicia afirmó en su sentencia de 14 de julio de 1972, Imperial Chemical Industries (48/69,- Rec. p. 619), que «si el artículo 85 distingue el concepto de "práctica concertada" del de "acuerdos entre empresas" o del de "decisiones de asociaciones de empresas", lo hace con objeto de someter a las prohibiciones de este artículo una forma de *coordinación* entre empresas que, sin llegar a que se

celebre un convenio propiamente dicho, sustituye a sabiendas los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas».

«Por consiguiente, por su propia naturaleza la práctica concertada no reúne todos los elementos de un acuerdo, pero puede ser el resultado de una coordinación que se exterioriza en el comportamiento de los participantes».

Esta exigencia de un comportamiento de hecho común por parte de las empresas participantes es lo que permite distinguir el concepto de práctica concertada del de acuerdo, en el sentido de que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, si se ha probado la existencia de un acuerdo y éste tiene por *objeto* afectar a la competencia en el mercado común, incurre en la prohibición establecida por el apartado 1 del artículo 85, sin que proceda averiguar si *efectivamente* ha influido en el juego de la competencia.

Por el contrario, la práctica concertada no puede separarse enteramente, en su mismo concepto, de las consecuencias que entraña en las condiciones de la competencia, ya que debe exteriorizarse en el comportamiento de las empresas afectadas.

Esta opinión, que expuse a propósito de los asuntos de los colorantes, coincide con la del Abogado General Sr. Gand a propósito de la práctica colusoria internacional de la quinina.

A diferencia de un acuerdo, decía, «una práctica concertada, [...], según la opinión dominante, requiere que la concertación se aplique de modo concreto, de manera que hay que demostrar a la vez un comportamiento de hecho de los interesados y por otro lado la existencia de un vínculo entre dicho comportamiento y un plan preestablecido».

En efecto, la comprobación de comportamientos comunes o paralelos de las empresas no puede bastar, por sí sola, para caracterizar una práctica concertada. Es preciso además que dichos comportamientos no sean consecuencia de la estructura o de las circunstancias económicas del mercado. Pero, como afirmó el Tribunal de Justicia en sus sentencias de 14 de julio de 1972: «si bien un paralelismo en el comportamiento no puede identificarse por sí solo con una práctica concertada, puede ser sin embargo un *indicio serio* de ésta, cuando aboca a condiciones de competencia que no corresponden a las condiciones normales del mercado, en atención al tipo de productos, a la importancia y al número de empresas y al volumen de dicho mercado.

[...] éste es el caso, en particular, cuando el comportamiento paralelo puede permitir a los interesados [...] la consolidación de situaciones adquiridas en detrimento de la libertad efectiva de circulación de los productos en el mercado común y de la libre

elección de los suministradores por parte del consumidor» [...] y, añadiré, en lo que se refiere al azúcar, por los usuarios industriales de dicho producto.

La cita de esta jurisprudencia me lleva también a definir mi postura sobre el problema de la aportación de las pruebas de una práctica concertada.

En mi opinión, no cabe duda que la carga de la prueba incumbe a la Comisión, pero no comparto la opinión de algunas de las demandantes cuando afirman que la potestad de la Comisión para imponer multas excluye, en esta materia cuasipenal, la admisión de la prueba por presunción y afirman que debería prevalecer la norma *in dubio pro reo.*

Me parece que ello supone desconocer que el Derecho comunitario sobre la competencia no se rige por los principios del procedimiento penal; la Comisión no tiene funciones jurisdiccionales; por muy contradictorio que deba ser el procedimiento establecido por el Reglamento nº 17, sigue siendo meramente administrativo.

Por otra parte, la prueba de una práctica concertada sólo puede derivarse, en la mayoría de los casos, de indicios o de presunciones que las investigaciones practicadas por la Comisión han permitido descubrir.

El conjunto de tales presunciones -siempre que sean serias, precisas y concordantes- es lo único que permite, en la mayoría de los casos, demostrar la existencia de una concertación corroborada por el comportamiento de hecho de los interesados, y corresponde únicamente al Juez comunitario apreciar, en definitiva, si los elementos de convicción que aporta la Comisión tienen fuerza probatoria.

Por lo demás, así es como se pronunció el Tribunal de Justicia también en el asunto de los colorantes, afirmando que «la cuestión de la existencia de concertación en el presente caso sólo puede valorarse correctamente si los indicios invocados por la Decisión impugnada se consideran, no de forma aislada, sino en su conjunto, teniendo en cuenta las características del mercado [...] de que se trata».

IV. *Aplicabilidad de las normas sobre la competencia a la agricultura*

Antes de abordar por separado las imputaciones específicamente formuladas en la Decisión impugnada, es necesario resolver una cuestión de alcance general.

Se trata de la aplicabilidad de las normas sobre la competencia establecidas por el Tratado a la producción y al comercio de los productos agrícolas.

Según el artículo 42 del Tratado, en efecto, las disposiciones relativas, en especial, a las prácticas colusorias y a los abusos de posi-

ción dominante serán aplicables en este campo sólo en la medida determinada por el Consejo, teniendo en cuenta los objetivos de la Política Agrícola Común enunciados en el artículo 39.

Parece claro que los autores del Tratado no quisieron excluir, por principio y de forma definitiva, de las prohibiciones de los artículos 85 y 86 la producción y el comercio de los productos agrícolas; pero entendieron que procedía tomar al respecto disposiciones especiales que tuvieran en cuenta tanto las estructuras de la economía agrícola como la aplicación de las organizaciones comunes de mercado.

A tal fin, atribuyeron competencia al Consejo para determinar en qué medida, y con qué excepciones, podrían aplicarse a la agricultura las disposiciones de los artículos 85 y 86.

En su artículo 1, el Reglamento nº 26 establece, en principio, que los artículos 85 a 90 inclusive del Tratado, así como las disposiciones adoptadas para su aplicación, se aplicarán a la producción y al comercio de los productos agrícolas.

Establece sin embargo, en la primera frase del apartado 1 de su artículo 2, dos excepciones a dicho principio, excluyendo de la aplicación únicamente del apartado 1 del artículo 85 los acuerdos, prácticas o decisiones «que forman parte integrante de una organización nacional de mercado o que sean necesarios para la realización de los objetivos enunciados en el artículo 39 del Tratado».

Además, y a ello se refiere la segunda frase del mismo apartado, se establece un régimen especial y preferencial para los acuerdos entre agricultores o asociaciones de éstos pertenecientes a un solo Estado miembro, en la medida en que, sin llevar consigo la obligación de aplicar un precio determinado, afecten a la producción o a la venta de productos agrícolas, o a la utilización de instalaciones comunes de almacenamiento, tratamiento o transformación de productos agrícolas, a menos que la Comisión compruebe que la competencia queda de este modo excluida o que los objetivos del artículo 39 del Tratado son puestos en peligro.

Esta disposición especial, por otra parte, no figuraba en la propuesta de Reglamento que presentó la Comisión. Fue incluida a petición del Parlamento Europeo y de la mayoría de las delegaciones nacionales, que deseaban legalizar de este modo las cooperativas y las agrupaciones de productores agrícolas que existen en todos los Estados miembros y que reciben una consideración de favor en las legislaciones nacionales.

Con arreglo al apartado 2, se atribuye competencia exclusiva a la Comisión para declarar, bien de oficio, bien a instancia de los interesados, tras haber consultado a los Estados miembros y oído a las empresas o asociaciones de empresas afectadas, me-

diante una decisión que será publicada, qué acuerdos o prácticas concertadas cumplen las condiciones previstas de este modo.

La interpretación del Reglamento nº 26 no deja de plantear varios problemas que se refieren, en primer lugar, al ámbito de aplicación de dicho texto; en segundo lugar, al procedimiento según el cual puede aplicarse y, por último, a la naturaleza y alcance de las excepciones que establece.

No cabe duda de que el objetivo esencial del artículo 2 del Reglamento es favorecer la agrupación de agricultores, factor de modernización y de racionalización tanto de la producción como de la comercialización de sus productos; esta voluntad se percibe aún más claramente en el régimen de favor concedido a las cooperativas y asociaciones de agricultores, en la medida en que el objetivo fundamental de éstas es la producción o el comercio de productos agrícolas o la utilización de instalaciones comunes.

Cabe, por consiguiente, preguntarse si los beneficios que conceden las excepciones establecidas a la aplicación del apartado 1 del artículo 85 se extienden también a las empresas industriales de transformación de productos agrícolas, tales como las fábricas de azúcar y refinerías.

No obstante, no dudo que la respuesta debe ser afirmativa:

- por una parte, la lista de productos agrícolas establecida en el Anexo II del Tratado no se limita a los productos brutos de la tierra: incluye expresamente productos de primera transformación, como el azúcar;

- por otra, las excepciones establecidas por el artículo 2 del Reglamento nº 26 a las normas sobre la competencia tienen por objeto regular los acuerdos, decisiones o prácticas relativos no sólo a la producción y comercialización de productos agrícolas, sino también a su transformación.

Además, la enumeración que se hace en la segunda frase del apartado 1 no es de carácter taxativo.

Se ha de añadir que, si bien las empresas productoras de azúcar no tienen en sí mismas carácter de explotaciones agrícolas, la organización común de mercado establece una estrecha solidaridad entre dichas empresas transformadoras industriales y los productores de remolacha, tanto mediante la aplicación de las cuotas, fijadas ciertamente para las fábricas de azúcar pero que tienen incidencia directa en el cultivo de la remolacha, como mediante la cotización a la producción en caso de que se superen las cuotas de base, ya que una parte de esta cotización puede imputarse a los agricultores, mediante el régimen de los precios comunitarios del azúcar que determina el precio de compra de la materia prima o, por último, mediante el juego de los acuerdos interprofesionales relativos al cultivo y a la compra de remolacha.

Así pues, se plantea una segunda cuestión: ¿podía legalmente la Comisión hacer uso de las facultades que le atribuyen el apartado 1 del artículo 85 y el Reglamento nº 17 respecto a las prácticas concertadas imputadas a las empresas de que se trata, sin haberse pronunciado previamente en las condiciones previstas por el apartado 2 del artículo 2 del Reglamento nº 26? En otras palabras, ¿no estaba obligada a atenerse primeramente al procedimiento que le impone dicho texto?

En caso afirmativo, la Comisión, tras haber consultado a los Estados miembros y oído a las empresas interesadas, debería haber adoptado, por consiguiente, una decisión que tuviese por objeto declarar si se cumplían los requisitos para la exención previstos en el apartado 1 del mismo artículo.

Varias de las demandantes no omitieron invocar la infracción de estas normas de procedimiento, afirmando que las prácticas que se les imputan formaban, según los casos, «parte integrante de una organización nacional de mercado», en el caso de autos la normativa nacional sobre el mercado italiano del azúcar, o «eran necesarias para la realización de los objetivos enunciados en el artículo 39 del Tratado»; de ello deducen que la Comisión debería haber adoptado, respecto a ellas, una decisión positiva declarando, por estos motivos, la inaplicabilidad del apartado 1 del artículo 85.

Propongo al Tribunal de Justicia que desestime este motivo. El procedimiento previsto por el Reglamento nº 26, y especialmente la consulta previa a los Estados miembros, sólo se exigen, en mi opinión, en el supuesto de que la Comisión tenga intención de declarar que se cumplen efectivamente los requisitos para la exención y adopta, por consiguiente, una decisión positiva declarando que las prohibiciones del apartado 1 del artículo 85 no pueden aplicarse a los acuerdos, decisiones o prácticas de que se trata.

Por el contrario, no me parece que la Comisión esté obligada a seguir dicho procedimiento cuando considera que no procede admitir una u otra de las excepciones.

El Reglamento nº 26 no contiene, por otra parte, indicación alguna sobre el procedimiento que debe seguirse para aplicar el artículo 85 a los acuerdos o prácticas concertadas que no reúnan los requisitos exigidos para ampararse en estas excepciones.

En estas circunstancias, el principio definido en el artículo 1 de dicho texto, a saber, la aplicabilidad no sólo del artículo 85, sino de los Reglamentos adoptados para su ejecución, supone que el procedimiento aplicable sea el de Derecho común en materia de competencia, establecido por el Reglamento nº 17.

Esta es la solución adoptada por el Tribunal de Justicia en su sentencia del pasado 15 de mayo, Frubo (71/74), en la que se destaca que «exigirle que consulte a los Estados

miembros, incluso cuando no tiene duda respecto a la imposibilidad de aplicar las excepciones establecidas en el Reglamento nº 26, sería obligar a la Comisión a aplicar un formalismo excesivo y retrasar inútilmente la instrucción de los expedientes correspondientes».

Respecto al debate sobre el fondo del problema, es decir, sobre si las prácticas concertadas –o al menos algunas de ellas– podían ampararse en una u otra de las excepciones, me limitaré a las observaciones siguientes.

Por lo que se refiere a la primera causa de exención, tres de las demandantes francesas, las sociedades Générale sucrière, Béghin y Say, por una parte, y dos empresas italianas, Eridania e Industria degli zuccheri, por otra, afirman, en el marco de la imputación relativa a la protección del mercado italiano, que la normativa adoptada por las autoridades italianas debe considerarse como una organización nacional de mercado a efectos del Reglamento nº 26 o constituye, cuando menos, una normativa interna de efecto equivalente con arreglo al artículo 46 del Tratado.

En su opinión, este régimen, contemplado conjuntamente con la organización común establecida por el Reglamento nº 1009/67, estaba orientado a estabilizar y regularizar el mercado italiano del azúcar para garantizar la actividad y el nivel de vida de los productores de remolacha; conllevaba la adopción de medidas de efecto equivalente a derechos de aduana, ayudas a los fabricantes de azúcar y a los cultivadores de remolacha; imponía precios máximos y, por último, contenía disposiciones dirigidas a contingentar y repartir las importaciones de azúcar en Italia.

Las prácticas concertadas que se imputan a las demandantes con objeto de garantizar la protección del mercado italiano estaban, según ellas, indisociablemente vinculadas a dicha organización nacional y formaban parte integrante de ella.

Pueden darse dos respuestas a esta tesis.

Según una primera opinión, cabe afirmar que la excepción invocada tenía por objeto no atacar a las organizaciones nacionales de mercado que existían antes de que se establecieran las organizaciones comunes. El Reglamento nº 26, adoptado en 1962, es efectivamente anterior al desarrollo y a la conclusión de la Política Agrícola Común. Por tanto, su alcance a este respecto sólo sería transitorio, puesto que dichas organizaciones nacionales de mercado, salvo disposición expresa en contrario de las Instituciones comunitarias, debían ser sustituidas progresivamente por las organizaciones comunes.

El Tribunal de Justicia ha declarado que, a partir de la entrada en vigor de estas últimas, incumbe únicamente a la autoridad comunitaria decidir acerca del mantenimiento, a título provisional, de cualquier régimen nacional de organización que se refiera a los productos de que se trata:

- Sentencia de 21 de marzo de 1972, SAIL (82/71, Rec. pp. 119 y ss., especialmente p. 138).

Igualmente, en la sentencia de 10 de diciembre de 1974, Charmasson (48/74, Rec. p. 1383), el Tribunal de Justicia precisó que si el Tratado previó que la organización nacional podía mantenerse a la espera de que se estableciese una organización común, este mantenimiento sólo se planteó, sin embargo, hasta el final del período transitorio, fecha en la que la Política Agrícola Común tenía que estar establecida definitivamente.

La aplicación de estas directrices jurisprudenciales implica que una organización nacional de mercado no habría podido, por tanto, subsistir legalmente en Italia después de la entrada en vigor del Reglamento nº 1009/67. Si bien es cierto que este Reglamento establece determinadas medidas de ayuda en favor de los productores de azúcar italianos, en modo alguno aprobó o autorizó el mantenimiento en dicho país de una organización nacional de mercado o de una normativa interna de efecto equivalente.

Pero me parece inútil basar en este aspecto la solución del problema planteado por la existencia de la normativa italiana. Como se verá al examinar la imputación relativa a la protección del mercado italiano, voy a motivar mis conclusiones, fundamentalmente, en los efectos que dicho régimen, considerado como una realidad efectiva, tuvo sobre el juego de la competencia.

Respecto a la segunda excepción, relativa a los acuerdos necesarios para la realización de los objetivos enunciados en el artículo 39 del Tratado, su aplicación requiere que el criterio de «necesidad» se aprecie en función de las circunstancias concretas del caso. Procede por ello apreciar su valor al realizar el examen de las imputaciones concretas, en la medida en que se invoque el motivo basado en esta excepción.

V. *Motivos formales de carácter general*

Aparte de los motivos basados en la falta o insuficiencia de motivación o en las contradicciones internas de la Decisión, que examinaré al analizar el fondo del asunto, quisiera ahora agrupar y examinar en este punto de mis conclusiones los motivos formales de carácter general, tanto si los invoca una sola empresa como si son comunes a varias de ellas. Todos estos motivos se reconducen a un reproche de no haberse respetado los derechos de defensa. En gran medida, su apreciación depende del concepto que se tenga del procedimiento necesario para aplicar las normas de los artículos 85 y 86 del Tratado y del carácter de las multas destinadas a sancionar las infracciones de estos artículos.

A este respecto, la anterior jurisprudencia del Tribunal de Justicia contiene indicaciones de principio que se deben recordar: el procedimiento ante la Comisión tiene carácter administrativo y no jurisdiccional; por otra parte, como he tenido ocasión de decir

siguiendo a los Abogados Generales Sres. Roemer y Gand, las multas no tienen carácter de sanciones penales.

Estos motivos formales se articulan en torno a los puntos siguientes:

1. Las demandantes se indignan por el carácter tendencioso de la política informativa de la Comisión y, apreciando en ella una voluntad deliberada de acusarlas en público sin haberlas oído previamente, alegan que, incluso antes de comunicarles las «imputaciones» formuladas contra ellas, la Comisión –o, más exactamente, el miembro de la misma más especialmente responsable de los problemas de competencia– comunicó a la opinión pública, también según las demandantes, durante una conferencia de prensa que tuvo cierto eco, que había incoado el procedimiento del Reglamento nº 17 contra los principales productores de azúcar de la Comunidad y las razones que la habían impulsado a hacerlo.

No veo de qué modo puede esta circunstancia afectar a la validez del procedimiento administrativo ni, en consecuencia, a la de la Decisión adoptada. Esta comunicación a la prensa no privó en absoluto a las demandantes de la posibilidad de presentar sus observaciones sobre las imputaciones formuladas contra ellas de forma contradictoria y eficaz. Ha quedado acreditado que la Comisión conoció sus alegaciones antes de adoptar su resolución final. ¿O es que las demandantes habrían preferido que la Comisión publicara el pliego de cargos en el Diario Oficial de las Comunidades, como la autoriza para hacerlo el apartado 2 del artículo 2 del Reglamento nº 99/63/CEE de la Comisión, de 25 de julio de 1963, relativo a las audiencias previstas en los apartados 1 y 2 del artículo 19 del Reglamento nº 17 del Consejo (DO 1963, 127, p. 2268; EE 08/01, p. 62)?

Aunque comprendo la intensidad de las reacciones de algunas de las empresas o de sus asociaciones profesionales (UNICE y CEFA), pienso que la controversia entre la Comisión y las demandantes se sitúa en otro plano, el de la política informativa de la Comisión. Es preciso reconocer que ésta tiene no sólo el derecho, sino también el deber, de informar a la opinión pública de su política, a la que a menudo se le reprocha ser demasiado tecnocrática o esotérica.

2. Por lo que se refiere al pliego de cargos en sí mismo, Süddeutsche Zucker AG y la entidad comercializadora Südzucker Verkauf se quejan de que las imputaciones que les fueron comunicadas no iban acompañadas de una traducción al alemán de los documentos que citaba la Comisión en apoyo de su postura. Afirman que dicha traducción sólo se les envió con posterioridad y que, además, era deficiente. De conformidad con la sentencia de 15 de julio de 1970, Chemiefarma (41/69,– Rec. pp. 661 y ss., especialmente p. 689), no creo que esta circunstancia impidiera a dichas empresas llegar a conocer eficazmente dichos documentos, ni que la irregularidad –de existir ésta– tuviera, en el presente caso, consecuencias perjudiciales sobre la capacidad y la eficacia de la defensa de las empresas interesadas.

Algunas demandantes se quejan de que las imputaciones de la Comisión les fueron comunicadas en un texto único que, según ellas, no especificaba de forma suficiente los puntos que les afectaban individualmente. Creo que este carácter único se explica por el concepto que la Comisión tenía de la práctica colusoria (práctica colusoria «general») y que por consiguiente se confunde con el examen del fondo del asunto. Me parece en todo caso que cada empresa ha tenido la posibilidad de saber qué imputaciones le atañían específicamente.

3. Varias de las demandantes invocan también la infracción del artículo 4 del Reglamento nº 99/63 relativo a las audiencias, afirmando que el plazo concedido por el pliego de cargos para presentar observaciones escritas fue demasiado breve.

La fecha última en que las empresas recibieron el pliego de cargos es el 1 de agosto de 1972 y la fecha en que se registró la última respuesta de éstas es el 4 de octubre. Me parece, por tanto, que las empresas tuvieron al menos dos meses para definir su posición, período que efectivamente les señalaba el pliego de cargos. El artículo 11 del Reglamento nº 99/63 exige un mínimo de dos semanas. Por más que dicho plazo coincide con las vacaciones de verano, me parece que es suficiente para que las empresas pudieran presentar sus posibles observaciones. No se puede tener en cuenta el tiempo (necesariamente mucho más largo) que necesitó la Comisión para instruir el expediente, es decir, para proceder a las investigaciones necesarias y reunir toda la información que le permitió incoar el procedimiento previsto en el Reglamento nº 17.

Igualmente, durante este período de instrucción, las demandantes, alertadas por las inspecciones realizadas en sus domicilios sociales o establecimientos y por las peticiones de información que les fueron dirigidas, estaban ya en condiciones de conocer, en lo esencial, a qué hechos se referiría el pliego de cargos. Ciertamente la comunicación oficial que se les hizo no las cogió por sorpresa.

Añadiré que algunas de las demandantes presentaron observaciones escritas complementarias que la Comisión aceptó hasta el 21 de noviembre de 1972.

4. Respecto a la falta de comunicación del acta de la audiencia separada de determinadas empresas, ninguna norma obliga a la Comisión a realizar tal comunicación. Por el contrario, en el Reglamento nº 99/63 (apartado 2 del artículo 2 y apartado 3 del artículo 9) podrían encontrarse algunas indicaciones que obligarían más bien a la Comisión a no realizar esta comunicación con el fin de proteger el interés legítimo de las empresas en que no se divulguen sus secretos comerciales.

5. Respecto a la adopción de una decisión única respecto a todas las demandantes, me parece que nada impide a la Comisión pronunciarse mediante tal decisión acerca

de varias infracciones, cuando varios destinatarios han incurrido en una misma infracción. Una vez más, todo depende, en definitiva, de que los acuerdos y las prácticas concertadas tengan o no carácter general.

La empresa Suiker Unie alega una infracción del artículo 3 del Reglamento nº 1 del Consejo, de 15 de abril de 1958, por el que se fija el régimen lingüístico de la Comunidad Económica Europea (DO 1958, 17, p. 385; EE. 01/01, p. 8) -y del artículo 191 del Tratado- debido a que la Comisión le dirigió no sólo la versión en neerlandés de la Decisión, de la que era destinataria, sino también su versión en las demás lenguas, sin indicar que el texto neerlandés era el único auténtico por lo que a ella respecta. Me parece que esta circunstancia no tiene ningún efecto sobre las posibilidades de la demandante para ejercer su defensa: *quod abundat non vitiat.*

6. Algunas demandantes denuncian también un vicio de procedimiento en el hecho de que la Decisión impugnada no tuviera en cuenta determinados hechos o argumentos que alegaron en su defensa.

Recordaré al respecto que el Tribunal de Justicia ha declarado que «la Comisión no está obligada a definir su posición, en la motivación de sus decisiones, sobre todas las alegaciones que los interesados puedan invocar en su defensa, que basta con exponer los hechos y las consideraciones jurídicas que revisten una importancia esencial en el sistema de su decisión» (sentencia de 14 de julio de 1972, Cassella, 55/69, Rec. pp. 887 y ss., especialmente p. 914). Más recientemente el propio Tribunal ha declarado que «si bien la Comisión está obligada a motivar su decisión, no lo está, sin embargo, a rebatir todos los motivos planteados durante el procedimiento administrativo» (sentencia de 21 de febrero de 1973, Continental Can, 6/72, Rec. pp. 215 y ss., especialmente p. 241). Por lo demás, creo que este motivo debe analizarse al examinar el fondo.

7. Si hubo una cierta evolución en la tesis de la Comisión respecto a las imputaciones que pensaba formular contra las empresas en la fase de la comunicación de las imputaciones que, finalmente, incluyó en su Decisión, ello es absolutamente normal: el objeto del procedimiento administrativo es precisamente ése, siempre que la Comisión no haya formulado imputaciones distintas de aquellas respecto de las cuales las empresas hayan tenido la posibilidad de expresar su punto de vista.

8. Por último, dos de las demandantes italianas alegan que, como la Comisión presumía que la competencia estaba falseada en el sector considerado, habría *debido* proceder a una investigación en este sector antes de emprender el procedimiento por infracción. Me limito a indicar que el artículo 12 del Reglamento nº 17 no habla más que de una simple *posibilidad* de la Comisión de proceder a tal investigación.

VI. *Protección del mercado italiano: el problema de las importaciones de azúcar*

Como es sabido, la producción italiana de azúcar está lejos de satisfacer las necesidades del consumo nacional. Durante las campañas 1968/1969 a 1971/1972, osciló entre 1.100.000 toneladas y 1.300.000 toneladas, mientras que, durante el mismo período el consumo, en aumento débil pero constante, pasó de 1.400.000 toneladas a más de 1.500.000 toneladas.

Así pues, Italia depende de las importaciones que, en especial, proceden de los Estados miembros del mercado común que tienen una producción estructuralmente excedentaria. Es el caso, fundamentalmente, de Francia y Bélgica.

La Comisión deduce de esta situación que, al menos después de la apertura de las fronteras como consecuencia de la entrada en vigor de la organización común del mercado, Italia habría debido ser, por excelencia, el escenario de una viva competencia por las importaciones de azúcar destinado tanto al consumo humano como a las industrias transformadoras.

Ahora bien, la Comisión comprobó que, desde la primera campaña, en realidad esta libre competencia se había excluido por el hecho de que, según ella, los productores franceses y belgas se repartieron sus suministros a Italia, uniformaron sus condiciones de venta y, además, garantizaron a los productores italianos, sus clientes, que sólo realizarían suministros a las empresas no productoras, y en particular a las industrias usuarias, a un precio superior.

Añade que estas prácticas concertadas se organizaron y desarrollaron especialmente a partir del comienzo de la campaña 1969/1970, al celebrarse importantes contratos de importación entre:

- por una parte, el grupo de «productores-compradores», que incluía en un principio la sociedad Eridania, encargada de la coordinación de dichas operaciones, y las empresas Industria degli zuccheri, Romana, Volano, Cavarzere, Emiliana, Sermide y SADAM, así como algunas otras empresas; de ellas, dos fueron posteriormente absorbidas por Eridania y otra pasó a ser Società Generale di Zuccherifici;

- por otra, el grupo de «productores-suministradores», que incluía fundamentalmente las sociedades francesas Béghin, Say, Générale sucrière, Lebaudy Suc y a veces Sucre-Union (estas dos empresas no interpusieron recurso ante el Tribunal de Justicia); en segundo lugar, la sociedad belga Raffinerie Tirlemontoise; por último, Süddeutsche Zucker AG (sólo en la campaña 1969/1970).

A excepción de Süddeutsche Zucker AG, este grupo confió la centralización de las ofertas y la tarea de organizar los transportes y los suministros a un comerciante al por mayor, la sociedad francesa Sucres & Denrées.

Las pruebas de la concertación se derivan, según la Comisión, de reuniones celebradas por los interesados, primero en París el 29 de julio de 1969, después en Génova el 11 de septiembre siguiente. Afirma que en la primera reunión éstos discutieron los medios que debían emplearse para impedir que los «outsiders» realizaran ofertas en el mercado italiano a precios inferiores a los que ellos mismos aplicaban; en la segunda, regularon los problemas planteados por los suministros, en condiciones tales que la correspondencia comercial cruzada posteriormente demuestra que las importaciones de azúcar en Italia se realizaron efectivamente de acuerdo con los principios establecidos de común acuerdo.

El azúcar suministrado directamente a los productores italianos, que representaba el 75 % del tonelaje global de las importaciones, fue revendido por éstos, que eran los únicos que disponían de una red de distribución, bien directamente al consumo, o bien a las industrias transformadoras, a los mismos precios y en las mismas condiciones de venta que el azúcar nacional.

En la escasa medida en que se realizaron ventas libres, los proveedores se obligaron a exigir un suplemento de precio que, según las campañas, osciló entre 1,25 FF y 1,75 FF por quintal.

Durante una nueva reunión, el 22 de septiembre de 1970, los miembros de los dos grupos reafirmaron y precisaron sus mecanismos para superar algunas dificultades surgidas entre proveedores e importadores.

Estos son los motivos fundamentales en que se basa la Decisión impugnada para deducir de ello que estas actuaciones, calificadas como prácticas concertadas a efectos del apartado 1 del artículo 85 del Tratado, excluyeron toda competencia entre las empresas que participaban en el mercado italiano.

Según la Comisión, de no haber existido esta concertación, los productores de los países excedentarios habrían podido vender individualmente su producto a compradores italianos, tras un libre debate sobre los precios y las cantidades ofrecidas, y utilizando los canales normales de comercialización.

El Tribunal de Justicia no puede albergar dudas sobre la realidad de la concertación entre proveedores e importadores. Las apreciaciones de hecho que constan en autos demuestran plenamente que, si bien las exportaciones a Italia fueron relativamente poco importantes durante la primera campaña debido a que en dicho país había existencias de una cosecha anterior excepcionalmente favorable, éstas aumentaron en las campañas sucesivas hasta alcanzar y a veces superar las 300.000 toneladas; tampoco puede discutirse que, en estos intercambios, la cuota de los suministros a los productores italianos por parte del grupo de

suministradores aumentó progresivamente hasta alcanzar en promedio tres cuartas partes de dichas importaciones.

Igualmente, cierto número de télex cruzados, especialmente entre Eridania, representante del grupo italiano, y Sucres & Denrées muestran claramente que, en general, las operaciones se desarrollaron de acuerdo con los principios establecidos en las reuniones mencionadas por la Comisión.

Sin embargo, prescindiendo de los motivos formales que invocan algunas de las demandantes, creo necesario abordar, de entrada, el problema de fondo –esencial– que plantea esta primera imputación y que algunas de las demandantes no omitieron plantear.

Sus alegaciones se basan, en efecto, en la existencia, durante el período considerado, de una normativa nacional italiana que, según ellas, hizo necesario e inevitable el comportamiento que se les imputa y no permitía que en el mercado italiano subsistiese ningún margen de competencia apreciable.

¿Acaso la Comisión no reconoció, en su propia Decisión, que en este mercado se daba una situación especial debida tanto a la normativa comunitaria *«como a disposiciones especiales adoptadas por las autoridades nacionales»?*

Estas medidas consistieron, en primer lugar, en la creación, mediante la Orden nº 1195 del Comité interministerial de precios, el 22 de junio de 1968, es decir, la víspera de la entrada en vigor del Reglamento nº 1009/67, de la Cassa conguaglio zucchero (Caja de compensación para el azúcar), que reemplazó a tres organismos de compensación preexistentes. Se le atribuyeron competencias para efectuar «las compensaciones necesarias para la progresiva integración de la economía azucarera italiana en la de la Comunidad, para la realización del mercado común en el sector del azúcar».

La Caja, financiada por una contribución llamada sovrapprezzo que gravaba tanto el azúcar nacional como el importado, de cualquier calidad y tipo, debía sin duda destinar sus ingresos a financiar las ayudas autorizadas por el artículo 34 del Reglamento de base comunitario en favor de productores y transformadores de remolacha, pero también a otros fines, no previstos por la normativa comunitaria, resultantes de diversas medidas de ayuda concedidas por el Gobierno italiano a los productores de azúcar, a las que tendré ocasión de volver a referirme.

El sovrapprezzo, que la misma Orden fijaba en 23 LIT –importe que no se modificó hasta 1973– por kilogramo, representaba la diferencia entre los precios aplicados en Italia y los nuevos precios comunitarios, es decir, el precio de intervención derivado aplicable en dicho país.

Por otra parte, desde tiempo atrás, la política del Gobierno italiano tenía por objeto establecer un precio uniforme del azúcar para todo el territorio nacional, tanto para el azúcar de producción nacional como para el de importación, de manera que el consumidor de las regiones más alejadas de los centros de producción no pagara este artículo más caro que el del valle del Po.

Antes de la aplicación del régimen comunitario se fijaron precios máximos, en último lugar mediante la Orden de 6 de agosto de 1965 (nº 1119), tanto para las ventas franco fábrica de los productores como para las ventas al consumo directo. Estos precios variaban naturalmente en función de las calidades. Esta normativa, derogada al entrar en vigor la organización común del mercado, fue sin embargo restablecida en noviembre de 1969 «para evitar a los consumidores italianos aumentos que no fueran consecuencia de la variación de los precios comunitarios». La Orden nº 1236 del Comité interministerial de precios no fijó, por otra parte, un nuevo precio máximo al consumo, pero decidió, lo que viene a ser lo mismo, que los límites máximos de las «diferencias de precios», para las distintas calidades y variedades de azúcar, de los costes del envasado del producto y de los márgenes comerciales de su venta al consumo debían seguir siendo «los que resulten de la comparación con las cotizaciones que figuran en la Orden nº 1119 de 1965», tanto en las ventas realizadas por los productores como en la venta al consumo.

Una circular nº 1237 precisaba el precio del azúcar franco fábrica: de él derivaba directamente el precio máximo y uniforme al consumo, puesto que éste es el resultado de la suma de elementos, algunos de los cuales se derivan de las disposiciones comunitarias que fijan el precio de intervención derivado y otros de las disposiciones adoptadas por el CIP.

Me parece por ello demostrado, a pesar de la discusión que se planteó en la vista sobre este punto, que el sistema de precios máximos no sólo se prorrogó por estas disposiciones, sino que los mismos precios máximos eran aplicables, en realidad, no sólo en la fase de consumo, sino también en el nivel de producción y por tanto, en particular, a las ventas de azúcar a los usuarios industriales.

Por otra parte no se discute que, si bien el 29 de febrero de 1972 el Consejo de Estado, pronunciándose sobre un recurso de la industria azucarera italiana, anuló la Orden nº 1236 y la circular que la desarrollaba, dicho órgano jurisdiccional admitió, respecto al fondo, la legalidad de las medidas adoptadas; de hecho, el régimen de precios establecido de este modo continuó aplicándose.

Ahora bien, como admitió expresamente la propia Comisión, la exigencia de la totalidad del sovrapprezzo, unida a la incidencia de los gastos de transporte, hacía imposible, de hecho, la importación de azúcar comunitario en Italia. En efecto, los proveedores sólo podían ofrecer sus productos a un precio superior al máximo fijado por las autoridades italianas. Por su parte, el CIP había estimado que la oferta al consumo del

azúcar importado sólo podía realizarse a precios más elevados que los precios nacionales lo que, reconocía, «es contrario a los objetivos perseguidos».

Antes de la organización común de mercado, por otra parte, existía, desde 1963, una Caja de compensación para el precio del azúcar importado, encargada de conceder una ayuda económica para cubrir la diferencia entre el precio del azúcar en el mercado internacional y los precios fijados en el mercado interior. Este organismo registró un déficit a causa de las importaciones efectuadas a un precio superior al del mercado interior, déficit del que debía hacerse cargo la nueva Caja de compensación creada, como se ha dicho, en 1968.

Era preciso, por tanto, encontrar la forma de hacer posibles las importaciones procedentes de los demás Estados miembros.

En febrero de 1969, mediante una primera medida transitoria, el importe del sovrapprezzo se redujo de forma global a 8 LIT por kilogramo para el azúcar importado destinado a uso industrial. Posteriormente, en mayo, mediante la Orden nº 1215 del CIP, se estableció un régimen de licitaciones públicas para las importaciones, cuyo principio estriba en la voluntad de la Administración italiana de conseguir de los adjudicatarios el sovrapprezzo más elevado compatible con el respeto de los precios máximos interiores.

La misión de organizar las licitaciones, a las que en principio podían presentarse todos los operadores interesados, se confió a la Caja de compensación para el azúcar, a quien se atribuyó la facultad de fijar la cuota de sovrapprezzo que considerase adecuada. Dicho porcentaje varió, entre 1969 y 1972, de 6,40 a 11,50 LIT por kilogramo de azúcar, según las licitaciones.

La Caja determina en cada licitación tanto las cantidades como las calidades del azúcar que se ha de importar.

No se acepta ninguna oferta si no se refiere a una cantidad de al menos 1.000 toneladas.

Después de examinar las ofertas recibidas, la Caja adjudica las importaciones en función de la cantidad y del importe del sovrapprezzo ofrecidos por los candidatos.

Se garantizaba el buen fin de las importaciones mediante una fianza por importe relativamente elevado. Por último, si un adjudicatario no se atenía a las condiciones fijadas en el anuncio de licitación, el azúcar que importase debía soportar a la totalidad del sovrapprezzo.

Este sistema se aplicó a la importación de azúcar blanco, mientras que se permitía una reducción fija del sovrapprezzo para el azúcar terciado de cerca de un 50 %, al margen de cualquier procedimiento de licitación.

Por último, para permitir abastecerse de azúcar importado a los operadores económicos que no dispusiesen de una organización que les permitiera participar en las licitaciones públicas -fórmula reveladora que se refiere especialmente a los usuarios industriales- se decidió, mediante la Orden nº 1234, de 24 de octubre de 1969, autorizar la importación al margen del procedimiento de licitación, pero limitando las cantidades y aplicando un porcentaje de sovrapprezzo fijado por la Caja. En cualquier caso, estas operaciones sólo podían referirse a una reducida parte de las importaciones autorizadas.

Tal regulación conjunta de los precios máximos y de las licitaciones no podía por menos de influir decisivamente en el comportamiento tanto de los productores compradores italianos como de los proveedores franceses, belgas e incluso alemanes.

Al respecto hay que tener presentes las consideraciones que siguen.

En primer lugar, dado que la política italiana perseguía el objetivo de admitir a la importación sólo los tonelajes estrictamente necesarios para enjugar el déficit de la producción nacional en relación con las necesidades, este objetivo podía alcanzarse y efectivamente se alcanzó gracias a las facultades de que disponía la Caja, tanto para decidir la convocatoria de licitaciones como para fijar ella misma las cantidades de azúcar que debían importarse en cada una de estas operaciones.

Por consiguiente, puede afirmarse que el volumen total de las importaciones procedentes de otros Estados miembros no pudo resultar afectado por la concertación entre el grupo de compradores y el grupo de suministradores.

En segundo lugar, las cantidades sometidas a las licitaciones eran de tal importancia (de 50.000 a 170.000 toneladas aproximadamente) que, por una parte, los compradores tenían un fuerte incentivo para dirigirse a exportadores que dispusieran de un volumen de producción suficiente, que ofrecieran garantías de entregas agrupadas y regulares, y en condiciones de pactar a precios suficientemente bajos, en particular consiguiendo condiciones de transporte especialmente interesantes que las empresas ferroviarias no habrían podido conceder para tonelajes más reducidos.

Estas consideraciones explican, que los compradores se dirigieran, por tanto, a un «pool» de productores extranjeros. Excepto Süddeutsche Zucker AG, éstos consideraron ventajoso confiar la realización de las operaciones de importación a un comerciante internacional que pudiera ofrecer las garantías indispensables para el buen fin de estas operaciones.

Por otra parte, debido a que en Italia no existe ninguna red de distribución independiente y también a que a los usuarios industriales, que carecen de medios de almacenamiento y a menudo deben abastecerse a diario, les era casi imposible participar en las licitaciones, no cabe duda que los únicos

compradores con posibilidades de hacerlo eran los propios productores italianos.

Del mismo modo que Sucres & Denrées era el intermediario autorizado por la mayoría de los exportadores, la misión de encargarse de las negociaciones comerciales en cada licitación se confió a uno de los productores italianos, la sociedad Eridania, cuyas actividades, no sólo de producción, sino también comercial y financiera, figuran entre las más importantes de Italia.

Igualmente, de los autos se obtiene la impresión de que la agrupación de productores-compradores italianos en torno a Eridania fue, si no impuesta, al menos fuertemente «aconsejada» por las autoridades nacionales.

Asimismo queda demostrado que antes de la entrada en vigor de la organización común los productores italianos ocupaban ya la posición de importadores.

Recordaré también que el CIP, mediante su Orden de 24 de octubre de 1969, hubo de tomar determinadas medidas concretas para permitir que los usuarios, aun cuando no hubiesen acudido a la licitación, se beneficiaran, de forma limitada, de las ofertas, siempre que hubieran notificado su intención de importar individualmente cantidades inferiores al mínimo de 1.000 toneladas exigido a cada adjudicatario.

Pero si el total de las cantidades solicitadas por dichos usuarios llegaba a sobrepasar las 10.000 toneladas, los derechos de cada uno de ellos se reducían proporcionalmente. Numerosas solicitudes presentadas en estas condiciones sólo fueron satisfechas parcialmente, lo que no contribuía a estimular a los interesados para que hicieran uso de esta posibilidad. A fin de cuentas, era mejor para ellos abastecerse directamente de los productores nacionales. Por último, el total de las autorizaciones de compra al margen del procedimiento de licitación se limitó, en todo caso, al 20 % y luego al 25 % de las importaciones globales.

Teniendo en cuenta las consecuencias de esta normativa, dudo seriamente que pudiera existir un margen de competencia realmente efectivo para las importaciones de azúcar comunitario.

Mediante la aplicación de los precios máximos, combinada con el régimen de licitaciones, que estaba manifiestamente organizado para reservar el acceso, en la mayor medida posible, sólo a los productores, está claro que las autoridades nacionales tenían «bloqueado» el mercado italiano.

Ahora bien, si no cabe duda de que el grupo de compradores y el de suministradores extranjeros negociaron, se concertaron y finalmente consiguieron encargarse de realizar, en el marco de las licitaciones, tres cuartas partes de las importaciones totales, aún sería preciso que las prácticas censuradas tuvieran por efecto alterar, restringir o

falsear *de manera considerable* el juego de la competencia.

El Tribunal de Justicia se ha referido a este criterio del carácter considerable en diferentes sentencias:

- 30 de junio de 1966, Technique minière (56/65,- Rec. pp. 337 y ss., especialmente p. 359);

- 6 de mayo de 1971, Cadillon (1/71,- Rec. pp. 351 y ss., especialmente p. 356);

- 25 de noviembre de 1971, Béguelin (22/71,- Rec. pp. 949 y ss., especialmente p. 960).

El Tribunal de Justicia no se ha pronunciado todavía sobre la cuestión de si puede negarse el carácter considerable de las restricciones de la competencia que la Comisión achaca a la existencia de prácticas concertadas cuando el juego normal de la competencia se encuentra estrechamente limitado, si no suprimido, por una normativa nacional dirigista que conduce a los operadores económicos a ponerse de acuerdo para adaptar su comportamiento a las exigencias de dicha normativa. Me parece que así sucede en el presente caso y que es al régimen impuesto por las autoridades nacionales, tal como se concibió y aplicó, al que hay que achacar la reducción del margen de competencia y no a la concertación entre el grupo de importadores y el grupo homólogo de suministradores. En estas circunstancias, los suministros de productor a productor no pueden considerarse, al menos por lo que se refiere al mercado italiano, como indicio probatorio de una infracción del apartado 1 del artículo 85 del Tratado.

Ahora bien, la Comisión se limitó a mencionar la existencia de «medidas especiales adoptadas por las autoridades nacionales», sin haber investigado cuáles fueron sus consecuencias. Alega lisa y llanamente que, de no haber existido la concertación imputada, los suministradores habrían podido realizar ventas libres en el mercado italiano. Pero esta afirmación, a la que no acompaña ninguna demostración, no me parece plausible a la luz del análisis que acabo de hacer de los mecanismos establecidos por la normativa italiana.

En mi opinión, se debe considerar, cuando menos, que la Comisión omitió por completo examinar este aspecto, esencial sin embargo, del problema, lo que la condujo a adoptar una Decisión que no sólo está insuficientemente motivada en la forma sino que se basa en datos incompletos y prescinde de ciertos elementos determinantes.

La conclusión a la que he llegado de esta forma bastaría para justificar, en mi opinión, la anulación de la Decisión impugnada, en la medida en que declara y sanciona las infracciones del apartado 1 del artículo 85, relativas a la protección del mercado italiano.

Existe sin embargo otro terreno jurídico en el que cabe basar una solución idéntica y algunas de las demandantes, en especial Générale sucrière, no vacilaron en adentrarse en él, al igual que -aunque por distintas razones- Unione Nazionale Consumatori, parte coadyuvante.

Me refiero a la cuestión de si la normativa italiana es incompatible con determinadas disposiciones del Tratado y del Reglamento nº 1009/67.

Voy a examinarla, no sin antes formular algunas observaciones previas.

En primer lugar, hay que prescindir aquí del concepto de organización nacional de mercado, a efectos del Reglamento nº 26, en la medida en que el apartado 1 del artículo 2 de dicho Reglamento excluye la aplicación del artículo 85 a los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas que formen parte integrante de tal organización. Parece claro que la eventual incompatibilidad de la normativa italiana con el Derecho comunitario bastaría por sí misma para excluir la exención prevista en dicho texto.

Ello sin embargo -y ésta es mi segunda observación- no significa que el Reglamento nº 1009/67 y los textos subsiguientes no reclamasen de los Estados miembros la adopción de determinadas medidas complementarias para asegurar su aplicación, aunque sólo fuera, por ejemplo, para repartir entre sus empresas las cuotas atribuidas a los Estados miembros.

Por consiguiente, hay que considerar que la organización del mercado europeo del azúcar se rige a la vez por normas comunitarias y por disposiciones adoptadas por los Estados, destinadas a completarlas sin alterar, sin embargo, su sistema y efecto.

Para preservar las competencias exclusivas de las Instituciones comunitarias, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha marcado firmemente, en efecto, los límites en los que pueden intervenir las autoridades nacionales cuando hay una organización común de mercado.

La sentencia Bollmann establece en principio que cuando un Reglamento relativo a tal organización tenga efecto directo, hay que rechazar, salvo disposiciones en contrario, que los Estados puedan, para garantizar su aplicación, adoptar medidas que tengan por objeto modificar su alcance o completar sus disposiciones (sentencia de 18 de febrero de 1970, 40/69,- Rec. pp. 69 y ss., especialmente p. 80).

En la misma línea, la sentencia SAIL dispone que, a partir de la entrada en vigor del Reglamento (CEE) nº 804/68 del Consejo, de 27 de junio de 1968, por el que se establece la organización común de mercados en el sector de la leche y de los productos lácteos (DO 148, p. 13; EE 03/02, p. 146), los mercados, en dicho sector, fueron objeto de una organización definitiva, por más que en ciertos aspectos todavía incompleta; que, desde ese momento, incumbía únicamente a la autoridad comunitaria decidir acerca

del mantenimiento, con carácter provisional, de cualquier régimen nacional de organización, de intervención o de control que se refiera a los productos de que se trata (sentencia de 21 de marzo de 1972, 82/71, Rec. pp. 119 y ss., especialmente p. 138).

Este era también el sentido de la sentencia de 30 de octubre de 1974, Van Haaster (190/73, Rec. pp. 1123 y ss., especialmente p. 1133), en la que el Tribunal de Justicia señaló que, como la organización del mercado de las plantas vivas y productos de la floricultura se basaba en la libertad de las transacciones comerciales en condiciones de competencia leal, «tal régimen excluye toda normativa nacional que pueda obstaculizar, directa o indirectamente, real o potencialmente, el comercio intracomunitario».

Por último –y ésta es mi tercera observación– en la medida en que, a la luz de esta jurisprudencia, fuera posible deducir de la normativa italiana elementos que pudieran parecer contrarios a la normativa comunitaria, dicha conclusión no podría, sin embargo, conducir a este Tribunal de Justicia a pronunciar una sentencia sobre la ilicitud de determinadas medidas vigentes en Italia. Cuando conoce de litigios en materia de competencia, este Tribunal no puede, en este marco, invadir así el ámbito de determinados procedimientos como los que los artículos 169 o 92 del Tratado confiaron en especial a la diligencia de la Comisión a fin de comprobar bien el incumplimiento por un Estado de las obligaciones que le imponen el Tratado o los Reglamentos adoptados para su aplicación, o bien la incompatibilidad de determinadas formas de ayudas nacionales con el mercado común.

Por el contrario, nada prohíbe, en mi opinión, a este Tribunal de Justicia deducir las consecuencias, por una parte, del hecho de que la Comisión, antes de adoptar su Decisión sobre las prácticas concertadas de que se trata, no examinó seriamente si la normativa italiana no era efectivamente incompatible con las normas comunitarias y, por otra, del hecho de que, desde 1968, no adoptó las medidas que estaban a su alcance para poner fin a la situación creada por esta normativa.

Ahora bien, apenas me cabe alguna duda de que varios elementos del régimen italiano habrían debido convencer a la Comisión de la necesidad de proceder a dicho examen antes de pronunciarse.

El primero estriba en el procedimiento de las licitaciones, cuya organización general y condiciones producían, según se ha comprobado, la consecuencia –deliberada, por otra parte– de someter a los importadores a una red de exigencias administrativas que en la práctica limitaban el acceso a las licitaciones y, por tanto, dificultaban las importaciones a numerosos operadores económicos y, en particular, a los industriales usuarios de azúcar. La circunstancia de que las importaciones no sometidas al procedimiento de licitación fueran, en teoría, libres en nada contradice esta conclusión, puesto que tales operaciones estaban sujetas al pago de la totalidad del

sovrapprezzo, lo que las hacía económicamente imposibles.

Por lo demás, como las cantidades de azúcar que eran objeto de licitaciones las fijaba la Cassa conguaglio zucchero, el sistema permitía asegurar una contingentación de las importaciones. Es difícil no ver en ello una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa, prohibida por el apartado 1 del artículo 35 del Reglamento nº 1009/67.

De la misma exigencia del sovrapprezzo se desprende una segunda observación. Aunque esta contribución se percibiera tanto sobre el azúcar de producción nacional como sobre el importado, no podría dejar de considerarse como una exacción de efecto equivalente a un derecho de aduana en la medida en que, como declaró el Tribunal de Justicia en la sentencia de 19 de junio de 1973, Capolongo (77/72,↔ Rec. pp. 611 y ss., especialmente p. 624), una contribución interna «que grava sistemáticamente los productos nacionales y los productos importados según los mismos criterios, puede constituir no obstante una exacción de efecto equivalente a un derecho de aduana [...] cuando dicha contribución está destinada exclusivamente a financiar actividades que redundan específicamente en beneficio del producto nacional gravado».

Ahora bien, es un hecho que el sovrapprezzo se destinaba a financiar las ayudas en favor de los productores italianos de remolacha y de azúcar, tanto las que autoriza el Reglamento nº 1009/67 como las establecidas unilateralmente por las autoridades nacionales. Se puede pensar, por tanto, que esta forma de financiación infringe tanto la prohibición establecida por el apartado 1 del artículo 35 del Reglamento de percibir, dentro de la Comunidad, cualquier derecho de aduana o exacción de efecto equivalente sobre el azúcar, como la prohibición resultante del artículo 95 del Tratado de percibir tributos internos discriminatorios.

Además, como acabo de decir, el producto del sovrapprezzo no se destinaba únicamente a la financiación de las ayudas autorizadas por el Reglamento comunitario; del artículo 6 de la Orden nº 1195 del CIP se desprende que se empleaba en parte para proporcionar otras ventajas financieras a los fabricantes italianos de azúcar.

Este es el caso del reembolso de determinados derechos fiscales percibidos con ocasión de la compra y del transporte de la remolacha; de la ayuda prestada a los fabricantes de azúcar en compensación de los pagos realizados a los cultivadores de remolacha en virtud de un Decreto italiano anterior; de la ayuda relativa a los gastos de almacenamiento de la producción excepcionalmente elevada de la campaña 1967/1968 o incluso de la reabsorción, por medio del sovrapprezzo, del déficit acumulado por la anterior Caja de compensación por el precio del azúcar importado.

Incluso si se admitiera que el sovrapprezzo no infringe *ipso facto* el artículo 95 del

Tratado, dichas ayudas parecen estar comprendidas en el ámbito de aplicación del apartado 3 del artículo 92. Aun suponiendo incluso que puedan considerarse compatibles con el mercado común, sería preciso además que no alterasen las condiciones de los intercambios en medida contraria al interés común. Pero es precisamente a la Comisión, que las debe examinar junto con el Estado miembro interesado, a quien habría correspondido bien autorizar su mantenimiento, o bien decidir su supresión o modificación en virtud del artículo 93.

La forma de financiación de estas ayudas puede bastar para provocar su ilicitud, tal como declaró este Tribunal de Justicia en la sentencia de 25 de junio de 1970, Francia/Comisión (47/69,- Rec. pp. 487 y ss.; especialmente p. 493).

Se plantearía por último la cuestión de si, después de la entrada en vigor del Reglamento n° 1009/67 y de la aplicación de los precios comunitarios del azúcar, las autoridades italianas todavía podían, incluso en la fase de consumo, imponer precios máximos, aunque fuera mediante el sistema de diferencias de precios respecto al precio de intervención derivado.

Por todas estas razones cabe dudar seriamente que la normativa italiana -cobro y destino del sovrapprezzo, precios máximos o diferencias de precios, régimen de licitaciones- sea compatible con los objetivos y los principios del Reglamento n° 1009/67 y con determinadas disposiciones del Tratado.

Como ya he dicho, no corresponde al Tribunal de Justicia resolver esta cuestión en el marco de los presentes litigios. Pero permítaseme decir que, antes de condenar a las empresas demandantes por infracción del apartado 1 del artículo 85, la Comisión tenía el deber de realizar un detenido examen de este problema y, en la medida en que habría podido presumir, al parecer de forma legítima, que determinados elementos esenciales del régimen nacional italiano eran ilícitos según el Derecho comunitario, habría debido utilizar -ya sea conforme al artículo 169 o al artículo 92 del Tratado- las facultades que ostenta para conseguir su modificación o derogación.

Ahora bien, la Comisión toleró que se mantuviera el estado de cosas así creado, lo que, según he expuesto, tuvo una incidencia innegable en las condiciones de la competencia y, por ende, en el comportamiento tanto de los importadores como de los suministradores.

Sólo tras más de seis años, y en relación con un determinado aspecto, el de la forma de financiación de las ayudas concedidas a los productores de remolacha y a la industria azucarera, la Comisión, como acaba de hacérselo saber al Tribunal de Justicia el pasado 4 de diciembre, decidió incoar un procedimiento por incumplimiento mediante escrito dirigido al Gobierno italiano.

Esta iniciativa tardía sólo puede confirmar mi opinión.

Por todos estos motivos propondré al Tribunal de Justicia que anule, *in parte qua,* la Decisión impugnada.

VII. *Protección del mercado neerlandés*

Por lo que se refiere al mercado del azúcar en los Países Bajos, la Comisión imputa a los dos productores neerlandeses, Suiker Unie y Centrale Suiker Maatschappij, por una parte, y Raffinerie Tirlemontoise y Pfeifer & Langen, por otra, infracciones contra el apartado 1 del artículo 85 del Tratado, cometidas durante las cuatro campañas de que se trata por las tres primeras empresas, mientras que las imputaciones contra la empresa alemana se refieren sólo a la campaña 1971/1972.

Dichas infracciones consisten en prácticas concertadas que tuvieron por objeto y por efecto controlar los suministros de azúcar procedente de Bélgica y de la parte occidental de Alemania en el mercado neerlandés y, en consecuencia, proteger dicho mercado.

Otras dos imputaciones, distintas jurídicamente de la primera, ya que se basan en el artículo 86 del Tratado, afectan también a Raffinerie Tirlemontoise, a la que se reprocha haber ejercido presiones económicas sobre los dos principales comerciantes belgas, las empresas Export y Hottlet, para obligarles a limitar sus exportaciones a los Países Bajos o, de manera más general, al mercado comunitario y con destino a países terceros.

Por su parte, según la Comisión los productores neerlandeses actuaron de la misma forma respecto a los comerciantes nacionales, las empresas Internatio, Jacobson y Dudok de Wit, para obligarles a renunciar a determinadas importaciones de azúcar, en especial procedentes de Francia.

Aunque se apliquen a manifestaciones diferentes del comportamiento de los productores -prácticas concertadas por una parte; abuso de posición dominante por otra- estas tres imputaciones no dejan de estar vinculadas, en la medida en que proceden de un mismo plan, de una política coordinada mediante la cual los productores de ambos países no sólo se esforzaron por conservar el control absoluto de los intercambios de azúcar en las relaciones intracomunitarias, mediante el mecanismo de los suministros directos de productor a productor, sino que también obligaron a los comerciantes, a los que dominaban, a aceptar su política y a realizar transacciones sólo dentro del marco de la misma.

Dicho esto, y antes de examinar la fundamentación de estas imputaciones, es preciso detenerse un momento en un motivo invocado con carácter previo por Suiker Unie. Esta empresa responde a la Comisión que sólo existe, como persona jurídica, desde el 2 de enero de 1971 y que, por consiguiente, la demandada no puede imputarle jurídicamente infracciones cometidas antes de su creación.

Para pronunciarse al respecto procede recordar que en 1966 cuatro empresas neerlandesas productoras de azúcar, constituidas en cooperativas integradas por titulares de explotaciones remolacheras, decidieron crear, para coordinar su actividad, una asociación o unión de cooperativas bajo la denominación Coöperatieve Vereniging Suiker Unie UA, que podía tomar determinadas decisiones comunes en cuanto a la explotación de las instalaciones azucareras, las inversiones y los precios. En todo caso, los productores titulares de explotaciones remolacheras, en esta primera fórmula, seguían afiliados a las cooperativas de base que, por su parte, en el marco de las instrucciones dadas por la asociación, continuaban comercializando el azúcar que producían.

A juicio de los interesados, esta organización sólo debía tener carácter transitorio; era una etapa hacia la creación de una unión azucarera completamente integrada a la que debían afiliarse posteriormente los cultivadores de remolacha.

Así sucedió en 1970. Nació una nueva Coöperatieve Vereniging Suiker Unie UA, mientras que la antigua asociación añadía a su denominación la palabra Beheer, es decir, administración. Esta asociación puso fin a sus actividades el 31 de diciembre del mismo año, desapareciendo algunos meses después.

El 2 de enero de 1971, la nueva asociación sustituyó a las cuatro cooperativas de base, subrogándose íntegramente en sus derechos y obligaciones, con lo que ella misma se convertía en productor y no solamente en órgano de coordinación.

De esta transformación la demandante deduce que es una nueva persona jurídica independiente de la asociación inicial, aunque tomase su denominación. Por ello la Comisión no podía imputarle hechos cometidos por aquélla.

Incluso si el Tribunal de Justicia admitiera que este razonamiento puede encontrar un fundamento en la legislación interna de los Países Bajos, ello implicaría que las sanciones pecuniarias impuestas por la Comisión con arreglo al Reglamento nº 17 son sanciones penales en el sentido estricto del término.

Ya he explicado que no es así: el apartado 4 del artículo 15 del Reglamento lo confirma expresamente.

Las multas no se imponen a personas físicas, sino a empresas, que son ciertamente personas jurídicas, pero en su calidad de entidades económicas.

Y lo que debe resaltarse aquí es la realidad económica, sin fijarse en si la demandante Suiker Unie es o no causahabiente de la antigua asociación.

En este plano, basta comprobar que, en la organización primitiva, coexistían las cuatro

cooperativas de base, que eran ciertamente propietarias de las instalaciones azucareras, pero cuyas actividades estaban estrechamente coordinadas por una asociación que disponía de importantes facultades.

Dicho complejo fue sustituido por la asociación demandante que, al haberse subrogado en el activo y pasivo de las cooperativas de base, no disponía ya sólo de facultades de coordinación, sino que se convirtió en una entidad económica única.

Me parece conforme al espíritu del Reglamento nº 17 que se impute a esta entidad el comportamiento anterior de la organización a la que sustituyó, sin solución de continuidad.

Rechazar esta interpretación equivaldría, por otra parte, a privar al Reglamento de toda su eficacia y a la Comisión de las facultades que dicho texto le atribuye, en el supuesto –que no es teórico– de que se produzca una sustitución en la personalidad jurídica de una empresa entre el momento en que se comprueban comportamientos contrarios a la competencia imputados a ella y aquél en que la Comisión adopta la decisión. En tal caso la Comisión puede legítimamente imputar a la nueva persona jurídica los comportamientos anteriores, siempre que se trate de la misma entidad económica.

Propongo, en consecuencia, que se desestime el motivo preliminar invocado por Suiker Unie.

Se trata ahora de examinar los procedimientos mediante los cuales los productores neerlandeses, por un lado, y Raffinerie Tirlemontoise, por otro, lograron canalizar las importaciones de azúcar belga al mercado neerlandés.

En primer lugar, es un hecho que, durante las cuatro campañas de que se trata, Suiker Unie y Centrale Suiker compraron directamente a su competidor cantidades crecientes de azúcar blanco que vendieron en los Países Bajos, a través su propia red de distribución, en las mismas condiciones y precios que el azúcar de producción nacional y, a menudo, con su propia marca.

En ese mismo período, se puede comprobar que Raffinerie Tirlemontoise prácticamente no realizó otros suministros en el mercado neerlandés, excepto unas centenas de toneladas exportadas libremente para su desnaturalización.

Además, esta misma empresa comunicó muy claramente a los comerciantes belgas que sus exportaciones a los Países Bajos sólo serían admitidas previa petición y por el canal de los productores neerlandeses.

Sin embargo, durante las dos primeras campañas, éstos, al parecer, no estuvieron totalmente en condiciones de controlar su mercado nacional. En efecto, ya fuese a causa de importantes cantidades de azúcar importadas de Francia –a las que me referiré más adelante– o, en menor medida, de

Bélgica, por la actuación de pequeñas empresas independientes de Raffinerie Tirlemontoise, se produjo una competencia bastante viva en el mercado neerlandés, hasta desencadenar lo que se dio en llamar la «guerra del azúcar».

En relación, sin duda alguna, con estos acontecimientos, Raffinerie Tirlemontoise y los productores neerlandeses resolvieron, a partir de 1970/1971, ejercer presión sobre los comerciantes nacionales para que se respetara una estricta disciplina en el comercio del azúcar entre un país y otro.

Raffinerie Tirlemontoise concedió a los dos exportadores belgas, Export y Hottlet, la exclusiva de sus ventas a los Países Bajos, a condición de que limitasen sus suministros a los compradores o usuarios autorizados por los productores de dicho país y pusieran fin a cualquier exportación al mercado neerlandés de azúcar producido por refinerías belgas independientes.

Por su parte, Suiker Unie y Centrale Suiker, cuyo objetivo era garantizar el control exclusivo del mercado del azúcar para el consumo alimentario humano en los Países Bajos, subordinaron su aceptación de los suministros de azúcar belga –distintos de los realizados directamente– a la condición de que dicho producto sólo fuera suministrado a la industria lechera, que consume de 50.000 a 70.000 toneladas de azúcar al año y que exporta fuera de los Países Bajos la leche condensada en lata que fabrica.

Los comerciantes neerlandeses que tradicionalmente abastecían esta industria se vieron obligados, por consiguiente, a indicar que el azúcar que importaban de Bélgica se destinaba efectivamente a la industria lechera y a precisar, en sus ofertas de compra, que sólo revenderían a los clientes aceptados por los productores nacionales.

La misma limitación se aplicó a las ventas de azúcar destinado a la industria química, pero en cantidad mucho menor.

De suerte que a partir de la campaña 1970/1971, estos comerciantes fueron a su vez integrados en el sistema puesto en práctica de común acuerdo entre Raffinerie Tirlemontoise y los productores neerlandeses, realizándose los suministros de azúcar belga a través del comercio al por mayor de los dos países.

Así pues, la política seguida para la protección del mercado de los Países Bajos se apoya, por una parte, en los suministros directos de productor a productor, que no se discuten, y, por otra, en la canalización, a través de los comerciantes, de las exportaciones belgas hacia destinos o destinatarios determinados.

La ejecución de este plan me parece ampliamente demostrada por numerosos documentos procedentes de la propia Raffinerie Tirlemontoise así como, principalmente, de la empresa Export.

Sin pretender llevar a cabo un análisis pormenorizado del contenido, bastará recordar los datos que se desprenden de estos documentos:

- Se confirma en primer lugar que toda exportación a los Países Bajos iba acompañada de cláusulas de destino precisas, mencionándose expresamente la industria lechera neerlandesa en los télex o cartas cruzados entre Raffinerie Tirlemontoise y Export, entre Export y Jacobson, entre Raffinerie Notre-Dame (Oreye) y de nuevo Export, así como en una serie de contratos de compra celebrados por Export y Hottlet con Raffinerie Tirlemontoise.

- Se trata, en segundo lugar, de documentos comerciales que proceden de Raffinerie Tirlemontoise, de Export, del Comptoir sucrier de Amberes o de productores belgas controlados por Raffinerie Tirlemontoise, que confirman negativas a realizar suministros a usuarios neerlandeses distintos de los de la industria lechera o la industria química.

- Por último, las circunstancias en las que los comerciantes belgas se plegaron a la política impuesta por los productores se mencionan claramente en un cruce de télex entre Raffinerie Tirlemontoise y Export de los días 19 y 20 de agosto de 1970. Una vez que Raffinerie Tirlemontoise se hubo declarado dispuesta a poner azúcar a disposición de Export para la industria lechera de los Países Bajos, dicha empresa comercial señaló su conformidad en secundar a la refinería «en su elaboración de un acuerdo con Suiker Unie y Centrale Suiker».

Export declara en especial que «renuncia a negociar azúcar belga con los compradores-usuarios neerlandeses» para todo lo que dicha empresa denomina *«necesidades propias neerlandesas,* que consisten, por una parte, en el consumo alimentario humano y, por otra, en el consumo de productos azucarados en los Países Bajos, con exclusión de la industria lechera. Se excluyen también de la renuncia de Export el tráfico de desnaturalización de azúcar y el de la industria química».

Del mismo modo, por lo que se refiere a las relaciones entre productores y comerciantes neerlandeses, una nota de Export dirigida a Raffinerie Tirlemontoise trata del compromiso contraído por los tres importadores tradicionales de los Países Bajos con Suiker Unie y Centrale Suiker de «importar para el *consumo neerlandés* sólo con su consentimiento». La ejecución efectiva de este compromiso se desprende de la correspondencia comercial cruzada en especial entre Jacobson y Export.

En resumen, estos documentos confirman y aclaran, respecto al mercado de los Países Bajos, los principios establecidos en el marco general de la concertación entre los principales productores europeos y que Raffinerie Tirlemontoise formuló además de manera concisa, neta y clara en una carta a Export con fecha 31 de agosto de 1970:

«En lo que respecta a Holanda, el principio de base es que no deseamos hacer nada que pueda contrariar a Suiker Unie o a Centrale Suiker, lo mismo que ellos no quieren hacer nada que nos moleste».

No cabe confesión más explícita.

Raffinerie Tirlemontoise es consciente de ello hasta el punto de reconocer que los documentos incorporados a los autos son «abrumadores». Recordaré, por otra parte, que algunos de dichos documentos, procedentes de sus propios archivos, se obtuvieron no sin dificultades puesto que, en septiembre de 1971, la Comisión hubo de imponerle una multa de 4.000 unidades de cuenta por haber proporcionado a los inspectores informaciones sólo insuficientes o incompletas.

Sin discutir la autenticidad de los documentos presentados ni tampoco la materialidad de los hechos que ponen de manifiesto, Raffinerie Tirlemontoise intenta justificarse alegando las difíciles relaciones que por entonces mantenía con Export. En efecto, esta sociedad temía ser apartada progresivamente de su función comercial en relación con Raffinerie, fundamentalmente a causa de los suministros directos de productor a productor.

Evitando explicar francamente a Export que «su propio interés le imponía eliminar a los intermediarios de determinadas transacciones», Raffinerie Tirlemontoise prefirió, afirma, «parapetarse tras sus colegas extranjeros».

En otras palabras, Raffinerie Tirlemontoise invocó las exigencias de una concertación entre productores en competencia para no herir la susceptibilidad de los directivos de Export.

No se puede negar que hubo, es cierto, serias tensiones entre las dos empresas, al menos hasta el momento en que Export, como se ha visto, se alineó con la política común. No cabe duda que la Comisión tuvo noticia de esta concertación por el cruce de cartas y de notas que subrayaban las divergencias de opinión surgidas durante las dos primeras campañas azucareras entre las dos empresas.

Pero, en todo caso, la fuerza probatoria de estos documentos no sólo demuestra las presiones ejercidas sobre Export, sino que también pone de manifiesto el comportamiento de Suiker Unie y de Centrale Suiker en sus relaciones con el principal productor belga y los exportadores de dicho país.

La circunstancia de que, respecto a los productores neerlandeses, los elementos de convicción se obtuvieran de una correspondencia cruzada entre terceros no debilita la posición de la Comisión, en la medida en que dicha correspondencia permite demostrar la materialidad de unos hechos que, por otra parte, el análisis del comportamiento efectivo de las empresas neerlandesas confirma ampliamente.

Por ello considero probada la existencia de prácticas concertadas entre éstos y Raffinerie Tirlemontoise, ya que dichas empresas sustituyeron a sabiendas los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas para garantizar a los productores neerlandeses el mantenimiento de posiciones adquiridas en su mercado nacional.

De este modo, el comercio entre dos Estados miembros se vio directamente afectado.

También de este modo la competencia que normalmente habría debido ejercerse quedó falseada y los consumidores y usuarios industriales del azúcar no pudieron disfrutar de la libre elección de sus proveedores.

Además, ya se trate de suministros directos de productor a productor o de la canalización de los suministros de azúcar belga a los Países Bajos hacia destinos y destinatarios determinados, es un hecho que dichas operaciones afectaron a una parte significativa de las exportaciones belgas. Según la Comisión, estas operaciones «controladas» representan en promedio entre el 70 % y el 80 % de las mismas en tres de las campañas de que se trata. La única excepción notable se refiere a la campaña azucarera 1969/1970, en la cual, antes por otra parte de que la concertación diese todos sus frutos, productores belgas independientes de Raffinerie Tirlemontoise tuvieron aún la posibilidad de actuar en el mercado neerlandés.

Habida cuenta de estos hechos, de nada sirve que las demandantes aleguen que los suministros de productor a productor no incurrían en la prohibición del apartado 1 del artículo 85 del Tratado.

En sí mismos, estos suministros serían sólo un indicio, pero se encuadran en prácticas concertadas cuya aplicación está probada; son uno de sus medios y no pueden separarse de las mismas.

Añadiré que si bien, a partir de 1970, se realizaron suministros importantes de azúcar producido por Raffinerie Tirlemontoise no ya directamente a Suiker Unie o a Centrale Suiker, sino a través de comerciantes tradicionales, este hecho no modifica la conclusión que procede deducir de todo ello, porque, como se ha visto, la cláusula de destino impuesta a los exportadores belgas constituye, en el presente caso, un elemento determinante de la concertación.

Antes de examinar la situación de Pfeifer & Langen en las relaciones de esta empresa con el mercado neerlandés, queda por excluir un motivo de forma que Suiker Unie y Centrale Suiker basan en una pretendida infracción del artículo 190 del Tratado. Sostienen que determinadas alegaciones o afirmaciones que aparecen en la exposición de motivos de la Decisión impugnada son demasiado generales, demasiado sumarias o a veces incluso incoherentes para satisfacer la exigencia de motivación que el artículo 190 impone a la Comisión.

Este Tribunal debe admitir que cuesta trabajo concebir que sea imposible hallar, en una Decisión tan larga y detallada, algunas imprecisiones de redacción o ciertas fórmulas elípticas. Pero la finalidad de la obligación de motivación, respecto a las decisiones adoptadas con arreglo a los artículos 85 y siguientes del Tratado, es permitir que las empresas afectadas comprendan el alcance exacto de las imputaciones formuladas en la Decisión impugnada y, por consiguiente, que puedan discutir eficazmente su fundamentación. Está claro que en el presente caso no se pueden imputar a la Comisión vicios sustanciales de forma, porque la exposición de motivos de la Decisión impugnada no da lugar a ninguna ambigüedad no sólo respecto a la naturaleza y la gravedad de las imputaciones formuladas, sino también en cuanto a los hechos en que se basan dichas imputaciones.

Queda por considerar un último motivo, que comparten Centrale Suiker y Raffinerie Tirlemontoise. Ambas demandantes pretenden acogerse a la segunda excepción prevista en el apartado 1 del artículo 2 del Reglamento nº 26, por entender que su comportamiento, en todo caso, debe quedar excluido de la aplicación del apartado 1 del artículo 85, debido a que era «necesario para la realización de los objetivos enunciados en el artículo 39 del Tratado».

Centrale Suiker, por su parte, afirma que, si hubiera renunciado a comprar azúcar a Raffinerie Tirlemontoise, su organización de producción y distribución habría quedado infrautilizada; se habría encontrado entonces en la imposibilidad de pagar a los productores de remolacha neerlandeses un precio superior al mínimo previsto por la normativa comunitaria. La consecuencia habría sido que uno de los objetivos enumerados en el artículo 39, a saber, el de garantizar un nivel de vida equitativo a los agricultores, no se habría podido alcanzar en los Países Bajos.

Se trata de una simple afirmación que no se sustenta en ningún principio de prueba; Centrale Suiker ni siquiera intenta demostrar que sólo sus compras de azúcar a Raffinerie Tirlemontoise le habrían permitido garantizar a los titulares de explotaciones remolacheras un precio superior al mínimo comunitario. Más aún, sus alegaciones implicarían que las mismas autoridades comunitarias fijaron dicho precio mínimo a un nivel demasiado bajo para garantizar la realización del objetivo de que se trata. Me parece que esto se desmiente por el vínculo que establece el Reglamento nº 1009/67 entre el precio de intervención del azúcar blanco y el precio mínimo que se garantiza que percibirán los cultivadores de remolacha. Por último, Centrale Suiker no alega que las prácticas concertadas que efectuó fueran necesarias también para la realización de los otros objetivos contemplados en el artículo 39 del Tratado.

Raffinerie Tirlemontoise formula un razonamiento análogo basándose precisamente en el vínculo establecido entre el precio de intervención del azúcar y el precio de la remolacha. Afirma que, si no hubiera podido vender, sobre todo en los Países Bajos, una parte de sus excedentes, dentro del

límite de su cuota máxima, consiguiendo ingresos al menos iguales al precio de intervención, no habría podido asegurar a los cultivadores de remolacha belgas el precio mínimo que les garantizaba el Reglamento nº 1009/67. De todos modos, afirma, no pudo vender azúcar al organismo belga de intervención porque las autoridades nacionales la disuadieron de hacerlo.

Intenta de este modo de justificar su política, que consistió fundamentalmente en vender directamente o a través de comerciantes cantidades sustanciales de azúcar a productores de la competencia o a compradores de gran volumen, en particular con respecto a la industria de la leche neerlandesa, y a un precio al menos igual al de intervención.

Estas alegaciones no se sostienen. Con arreglo al apartado 1 del artículo 9 del Reglamento de base, los organismos de intervención nacionales tienen la obligación de comprar todo el azúcar que les ofrezcan los productores; a petición de éstos, la Comisión no habría dejado de intervenir para que las autoridades nacionales garantizasen el respeto de esta obligación.

En realidad, Raffinerie Tirlemontoise procuró evitar, en todo lo posible, servirse del sistema de intervención.

En consecuencia, no está legitimada para considerar que el precio de intervención se debe contemplar como un precio garantizado; ello sólo es cierto en la medida en que el régimen de intervención funciona efectivamente, lo que no sucedió en el mercado del azúcar, y muy especialmente en Bélgica.

Por lo que respecta al azúcar que Raffinerie vendió a un precio más bajo, para su desnaturalización, se sabe que prohibió a los intermediarios su reventa en el mercado del consumo humano, para evitar una baja de precios en dicho mercado. Con ello no puede pretender que contribuyó a la realización de otro objetivo del artículo 39, el de «asegurar al consumidor suministros a precios razonables».

En todo caso, el artículo 39 no me parece compatible con una política de compartimentación de los mercados nacionales, aplicada mediante concertaciones entre los productores.

Hasta ahora sólo se han examinado las relaciones entre Raffinerie Tirlemontoise y el mercado neerlandés. Pero la Comisión formuló contra la empresa alemana Pfeifer & Langen la misma imputación de práctica concertada con los productores de los Países Bajos, y en particular con Suiker Unie.

Los elementos referentes al comportamiento de Pfeifer & Langen son de igual naturaleza que los que se imputan a la empresa belga, en la medida en que son la manifestación, si no de una práctica colusoria general entre

los productores europeos, al menos de una política común dirigida a respetar las situaciones adquiridas en los diferentes mercados nacionales.

Dejando a un lado el hecho mismo de que, según la Comisión, la participación de Pfeifer & Langen en la protección del mercado neerlandés se deriva de los suministros de azúcar realizados por dicha sociedad a los productores neerlandeses, mientras que sus suministros a otros compradores de los Países Bajos fueron insignificantes, su comportamiento queda demostrado por determinados documentos de los autos, menos numerosos e ilustrativos, es cierto, que los documentos que «abruman» a Raffinerie Tirlemontoise.

Los primeros se refieren al comportamiento de Pfeifer & Langen anterior al 1 de julio de 1970, cuando a la empresa sólo se le imputan hechos posteriores a esta fecha. Estos documentos no pueden por menos de constituir un indicio de la voluntad de la empresa alemana de no realizar en el mercado de los Países Bajos ninguna actividad que pudiera inquietar a Suiker Unie o a Centrale Suiker. Pero, en realidad, los casos de negativas de ventas que reflejan estos documentos pueden explicarse por la situación de la producción en dicha época en la región occidental de Alemania; no me parece, por tanto, que puedan imputarse a Pfeifer & Langen.

En segundo lugar, las notas y actas redactadas por Export el 23 de abril y 6 de mayo de 1970 sólo se refieren específicamente a las relaciones de dicha sociedad con Raffinerie Tirlemontoise, y no al comportamiento de productores alemanes en el mercado neerlandés.

Cierto es que tales escritos se refieren a la existencia de una concertación global entre productores europeos e indican sus líneas directrices. Pero es preciso admitir que tienen un carácter demasiado general e impreciso para aportar la prueba de que dicha concertación fue objeto de medidas de aplicación por parte de Pfeifer & Langen y los productores neerlandeses.

Respecto al hecho de que los suministros de Pfeifer & Langen en el mercado neerlandés no alcanzaran un nivel elevado, se explica también por la consideración de que el nivel de precios en Alemania occidental no era, al parecer, inferior al de los Países Bajos; puede, por lo tanto, admitirse que la empresa alemana encontró pocas ventajas en intentar implantarse en el mercado de que se trata. Aunque, habida cuenta de la posición de Suiker Unie y de Centrale Suiker, cabe pensar que cualquier intento serio en tal sentido se habría topado con una vigorosa oposición de dichas empresas.

Dicho esto, en el estado del expediente presentado por la Comisión, albergo serias dudas sobre la efectiva aplicación de una concertación entre los productores neerlandeses y Pfeifer & Langen.

Queda sin embargo el hecho de que, a principios de 1971, esta empresa vendió

efectivamente a la sociedad Limako, filial de Suiker Unie y controlada por ésta, una cantidad no desdeñable (20.000 toneladas, según la Comisión; sólo 10.000, si creemos a Suiker Unie) en condiciones que posiblemente no carezcan de relación con el objetivo general de las prácticas concertadas que tenían por objeto proteger el mercado de los Países Bajos.

Este azúcar, producido al margen de la cuota después del 1 de julio de 1969 por Pfeifer & Langen, no había disfrutado de aplazamiento a efectos del artículo 32 del Reglamento nº 1009/67, al no haber presentado el fabricante la prueba de haberlo exportado fuera de la Comunidad, en su estado natural y sin restitución, antes del 1 de junio de 1971. Por consiguiente, debía considerarse con arreglo al Reglamento (CEE) nº 2645/70 de la Comisión, de 28 de diciembre de 1970, relativo a las disposiciones aplicables a la cantidad de azúcar producida por encima de la cuota máxima (DO L 283, p. 48), como si se hubiera comercializado en el mercado interior y, como tal, sujeto al pago de un importe igual a la exacción reguladora más elevada incrementada en una unidad de cuenta por cada 100 kg.

En el presente caso, se sabe que la Comisión, mediante el Reglamento (CEE) nº 458/73, de 2 de febrero de 1973, por el que se modifica el Reglamento (CEE) nº 2645/70 (DO L 53, p. 16), aplicó retroactivamente a este azúcar un importe global de sólo dos unidades de cuenta por 100 kg. Uno de los requisitos de la prueba de la exportación era el de la identidad entre el azúcar exportado y el azúcar producido por el fabricante de que se trata. Ahora bien, parece, con todas las reservas, que este azúcar, producido por Pfeifer & Langen al margen de la cuota, se sustituyó por una cantidad equivalente de azúcar producido, dentro del límite de la cuota, por Suiker Unie. Dicha cantidad se exportó efectivamente a países terceros, en tanto que de la comercialización del suministro hecho a Limako en el mercado interior se encargó Suiker Unie.

De este modo, la operación podría considerarse en definitiva como un suministro de productor a productor. Del mismo modo, constituiría una prueba *a contrario* de la ejecución en la práctica de una concertación entre Pfeifer & Langen y Suiker Unie, en la medida en que el azúcar suministrado a la filial del productor neerlandés se destinó en definitiva al consumo humano y, por lo tanto, sólo debía circular entre productores.

Pero incluso admitiendo que pudiera acogerse este razonamiento –lo que no se puede afirmar en el estado de los autos– no me parece posible considerar esta transacción, única por otra parte, como indicio suficiente de una práctica concertada.

Propongo por ello al Tribunal de Justicia que no acoja la imputación formulada, en lo que a la protección del mercado neerlandés se refiere, contra Pfeifer & Langen y anule en consecuencia, en este punto, la Decisión impugnada.

La Comisión imputó específicamente a Raffinerie Tirlemontoise una infracción del artículo 86 del Tratado.

Al considerar que dicha empresa ocupa una posición dominante en los mercados belga y luxemburgués del azúcar, le reprocha haber explotado de manera abusiva esta posición ejerciendo, en las cuatro campañas que se consideran, presiones económicas sobre los dos exportadores belgas, las sociedades Export y Hottlet, para obligarles a revender sólo a clientes o para destinos determinados el azúcar que les suministraba, así como a imponer esas mismas condiciones a su propia clientela. Ya he indicado que la demandante obligó a estos comerciantes a alinearse con su política de ventas, en especial para servir a los fines de la concertación celebrada con los productores neerlandeses. De manera más general, limitó estrechamente su libertad de actuación comercial tanto en el plano de los intercambios intracomunitarios como en lo que se refiere a exportaciones a países terceros y las ventas de azúcar destinado a la desnaturalización.

El examen de esta imputación implica poner sobre el tapete los tres requisitos para la aplicación del artículo 86.

Hace falta, en primer lugar, que la posición dominante afecte a una «parte sustancial del mercado común».

Este primer requisito se refiere menos a la extensión geográfica de la zona territorial en la que la empresa afectada ejerce su influencia que a la importancia económica del mercado que controla. Por consiguiente, para apreciar si se cumple el requisito, deben concurrir determinados factores puramente cuantitativos como el nivel y la estructura de la producción y del consumo. Pero aún más decisivos son los elementos cualitativos que permiten medir la importancia relativa del mercado en el que se ejerce la posición dominante en relación con el conjunto del mercado común. Es preciso, pues, considerar la densidad de la población, su nivel de vida y el volumen de los intercambios.

En el presente caso, la posición dominante abarca el mercado belgo-luxemburgués. Es significativo comprobar que en él la producción de azúcar es relativamente muy importante; tras superar en 1968/1969 500.000 toneladas, en 1971/1972 alcanzó 770.000 toneladas, es decir, cerca del 10 % de la producción global de la Comunidad. Además, presenta excedentes sustanciales que deben comercializarse bien en los otros Estados miembros, o bien fuera del mercado común, puesto que el consumo local, que dista de ser desdeñable, se sitúa en promedio sólo en torno a 350.000 toneladas al año.

La economía azucarera de esta región se caracteriza, por tanto, por una poderosa producción, en rápido aumento durante los años 1968-1972.

También hay que tener en cuenta la importancia, en relación con la extensión del territorio, de una población con un elevado nivel de vida y el alto grado de desarrollo industrial de Bélgica y Luxemburgo.

Por lo tanto, el mercado belgo-luxemburgués se muestra, en el seno de la Comunidad, como un mercado regional cuyos rasgos particulares le diferencian de los que le flanquean al norte y al este.

Constituye, por tanto, una parte sustancial del mercado común, tal como lo admitió, por otra parte, el Tribunal de Justicia en su sentencia de 21 de marzo de 1974, BRT (127/73,– Rec. pp. 313 y ss., especialmente p. 315).

En segundo lugar, se ha demostrado con creces que Raffinerie Tirlemontoise ocupa una posición dominante en este mercado, en el que es, con mucho, el productor más importante, puesto que realiza por sí sola el 65 % de la producción belga de azúcar. Este dato bastaría para demostrar que está en condiciones de ejercer una influencia preponderante. Pero aún hay más. Es titular de al menos la mitad del capital de otras dos refinerías, las sociedades anónimas Suikerfabrieken van Vlaanderen, en Moerbeke-Waas, y Raffinerie Notre-Dame, en Oreye; los Consejos de Administración de las tres empresas tienen en común algunos miembros; de este modo tiene la facultad de controlar estas empresas. Pese a que alega que nunca ha ejercido realmente esta facultad, de los documentos presentados por la Comisión se desprende que dichas empresas generalmente secundaron la política de ventas aplicada por Raffinerie Tirlemontoise.

Los contratos celebrados entre dichos fabricantes y los exportadores belgas contienen efectivamente cláusulas de destino idénticas a las que la demandante impone a estos comerciantes.

En estas circunstancias, el «grupo Tirlemont» extiende su dominio sobre el 85 % del mercado, habida cuenta de que las importaciones de azúcar en Bélgica son de importancia mínima. Por último, Raffinerie Tirlemontoise ejerce también su influencia sobre otras azucareras o refinerías de capacidad de producción más reducida, bien por medio de una participación mayoritaria en su capital, caso de Warneton, o bien mediante la aplicación de contratos de comercialización, caso de Naveau.

No es menos real el dominio de Raffinerie Tirlemontoise sobre las azucareras de Liers y Embresin, así como de Couplet y Donstiennes.

Esta situación le permite observar un comportamiento independiente y determinar su política sin tener en cuenta en su mercado la actividad de sus competidores, compradores o proveedores.

Incluso aunque, en raras ocasiones, algunas de las empresas que controla realizaron exportaciones libres a los Países Bajos o a Alemania, estas ligeras desviaciones de la política de Raffinerie Tirlemontoise no permiten dudar de ningún modo que ésta controla realmente el mercado belgo-luxemburgués.

Al dominar, pues, de forma muy amplia la fabricación de azúcar, al disponer de excedentes notables, al participar en una política concertada con los productores neerlandeses y, como luego se verá, con Pfeifer & Langen para los suministros en la parte occidental de Alemania, la demandante no podía consentir que los exportadores belgas realizasen operaciones que pudieran poner en peligro su propia política.

Tenía, por tanto, que inducirles a transigir, o incluso a ceder lisa y llanamente y acatar sus directrices. Así es como Raffinerie Tirlemontoise explotó abusivamente su posición dominante.

En primer lugar, resultan significativos, al respecto, los documentos presentados acerca del abastecimiento con azúcar belga tanto del mercado neerlandés como del de la región occidental de Alemania.

Estos documentos, que se refieren a las relaciones entre Raffinerie Tirlemontoise y las empresas Export y Hottlet, ponen de manifiesto que la demandante subordinó sus ventas de azúcar a dichos comerciantes a la estricta ejecución de los compromisos asumidos con productores extranjeros, cuyo acuerdo se requería para importar en su mercado y para destinos y clientes determinados.

El abuso de posición dominante se deduce no sólo de las instrucciones dadas a Export y a Hottlet, en el marco de una política de ventas a la que debieron plegarse, sino también de los medios empleados por la demandante para obtener su adhesión.

Colocó a los exportadores ante una alternativa: bien se mostraban dóciles ejecutores de sus instrucciones, recibiendo entonces un trato relativamente favorable, lo que sucedió especialmente en el caso de Export, o bien, si intentaban gestionar sus negocios de forma independiente, se verían privados de su principal -si no única- fuente de abastecimiento de azúcar. Efectivamente, la actividad de los comerciantes belgas consiste, en su mayor parte, en exportar dicho producto, en especial a países terceros. Ahora bien, teniendo en cuenta la posición de cuasimonopolio de Raffinerie Tirlemontoise, razonablemente sólo podían esperar comprar azúcar en cantidad suficiente a ella o a las refinerías que controla. Su posición comercial e incluso su supervivencia estaban directamente comprometidas.

A mayor abundamiento, se ha demostrado que, gracias a sus relaciones con sus homólogos extranjeros, la demandante podía prescindir de los comerciantes para realizar una buena parte de esas exportaciones.

Por supuesto, la amenaza que blandía sobre los exportadores nunca se formuló en términos abiertamente conminatorios. Se expresó de forma matizada, por más que determinadas cartas muestran claramente la voluntad decidida de la demandante de no tolerar a los comerciantes ninguna discrepancia respecto a sus exigencias.

Por lo tanto, las presiones revistieron formas diversas en función de la evolución de las relaciones, en particular entre la demandante y Export.

A veces se trata sólo de indicar a dicha empresa los límites en que puede admitirse su colaboración comercial. Así lo atestigua el informe, redactado por Export, sobre una entrevista con los representantes de Raffinerie Tirlemontoise que tuvo lugar el 20 de abril de 1970. Dicho documento confirma que Export seguirá siendo «el comprador privilegiado de Raffinerie, sin que se pueda invocar el concepto de exclusividad. Una parte de los excedentes debe reservarse a Hottlet en el marco de un compromiso moral».

Sin embargo, teniendo en cuenta en especial la concertación entre refinerías europeas, «[...] se eliminan del ámbito de aplicación de las relaciones comerciales entre Tirlemont y Export una serie de negocios directos entre refinerías o productores».

Más aún, Export expresa, en una nota de 23 de abril, sus temores de que «la política de las refinerías no le permita vender en las regiones fronterizas del Benelux, de Francia y de Alemania».

Es dudoso -se afirma en dicha nota- que «podamos conseguir un contingente, porque Raffinerie Tirlemontoise no querrá avalar una política que va contra los contratos que ha celebrado con las otras refinerías».

Aunque expresado de esa forma dubitativa, este documento plasma el temor de Export a que se le nieguen las ventas.

En otros casos la presión se manifiesta de forma más directa. Con ocasión de una exportación de azúcar terciado a Tate & Lyle, empresa británica a la que Raffinerie Tirlemontoise se encuentra por lo demás vinculada financieramente, se propuso a Export que actuara como corredor, pero «a condición de respetar la política común definida respecto a las licitaciones para la exportación».

La nota de Export en la que se da cuenta de la entrevista con un directivo de Tirlemont concluye: «Como contrapartida [de la operación de que se trata] nos pide que *renunciemos* a nuestra libertad de acudir tanto a las licitaciones de exportación de azúcar terciado como a las de azúcar blanco. Queda implícito -añade la nota- que Raffinerie Tirlemontoise se niega a ofrecernos azúcar terciado que nosotros pudiéramos vender libremente donde mejor nos parezca».

En el mismo sentido deben destacarse los télex cruzados entre las dos sociedades el 19 y 20 de agosto de 1970; ya se han mencionado al hablar de la protección del mercado neerlandés. Estos documentos definen claramente las condiciones en las que Export, como contrapartida para poder mantenerse en el circuito de las exportaciones a los Países Bajos, tuvo que renunciar a negociar con los compradores-usuarios de dicho país en lo referente a los suministros de azúcar para el consumo alimentario humano. El vínculo impuesto por Tirlemont entre el cumplimiento de las cláusulas de destino estrictas y la promesa de acudir a Export para realizar las exportaciones autorizadas aparece, de forma evidente, en estos documentos.

Por lo que se refiere a las exportaciones a países terceros, se le exigieron a Export sacrificios similares y, repetidamente, tuvo, según una expresión de las más claras, que «sacrificar a sus mandantes» y, bien renunciar a presentar ofertas en determinadas licitaciones para la exportación, o bien aceptar una reducción de dichas ofertas.

Así lo confirma una nota de Export en la que reconoce que Tirlemont restringió aún más su libertad y sus posibilidades de actuación en lo que se refiere a las solicitudes de restitución.

Por último, para destacar un indicio especialmente claro de las exigencias de Raffinerie Tirlemontoise, es interesante señalar que, en una confirmación de venta dirigida por Export a la empresa neerlandesa Jacobson el 1 de octubre de 1970 se precisó que Export y Hottlet obtuvieron, respecto a la campaña 1970/1971, la exclusiva de venta de azúcares cristalizados de Tirlemont para su exportación desde Bélgica, aunque con la condición imperativa de respetar la política comercial del grupo Tirlemont: «Todas las operaciones sobre azúcar belga al margen de esta línea de conducta no pueden ser aprobadas por dicho grupo, lo que tendría la consecuencia de hacernos perder la exclusiva obtenida».

Las relaciones entre la demandante y la empresa Hottlet se inscriben en la misma perspectiva, ya se trate de suministros con destino fijo o de la venta de azúcar destinado exclusivamente a la desnaturalización.

El conjunto de la información recogida permite afirmar que Raffinerie Tirlemontoise hizo uso abusivo de la posición de fuerza que ocupa en el mercado belgoluxemburgués, privando de este modo a Export y a Hottlet de toda posibilidad de aplicar una política comercial autónoma. De este modo, restringió significativamente la competencia en la fase de comercialización del mercado del azúcar tanto en los intercambios intracomunitarios como en las exportaciones a países terceros.

Estos dos comerciantes, cuya actividad se centraba esencialmente en la exportación de azúcar, en especial a países terceros, dependían necesaria y directamente de un productor que realizaba directamente o controlaba casi la totalidad de una producción que, además, era ampliamente excedentaria.

Al no disponer de otra fuente apreciable de aprovisionamiento, no podían permitirse rechazar las exigencias de una empresa que disfruta de un cuasimonopolio.

Raffinerie Tirlemontoise se aprovechó de esta situación de fuerza para imponer a los exportadores una línea de conducta. Restringió, si no eliminó, la competencia en la fase de comercialización del mercado belga del azúcar.

Tales hechos están comprendidos, sin lugar a dudas, en el ámbito del artículo 86 del Tratado. Cuando una empresa poderosa amenaza a una más débil con una desventaja económica si ésta no acepta las condiciones de aquélla, existe abuso de una posición dominante. Deben aplicarse criterios objetivos a tal situación. Poco importa, por consiguiente, la naturaleza de los medios empleados, siempre que la consecuencia sea una presión económica que pueda restringir la competencia.

El artículo 85, cuya interpretación debe inspirarse en el principio establecido en la letra f) del artículo 3 del Tratado, exige que tales presiones no alteren ni, menos aún, supriman la competencia.

El apartado 2 del artículo 86, por otra parte, cita entre las prácticas abusivas:

a) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;

b) limitar, en particular, el *mercado* en perjuicio de los consumidores.

Pienso que los procedimientos utilizados por Raffinerie Tirlemontoise respecto a Export y a Hottlet corresponden a uno y otro ejemplo de infracción del artículo 86.

¿Puede formularse análoga imputación contra los productores neerlandeses?

Así lo afirma la Comisión. Durante la campaña 1968/1969 los tres comerciantes de los Países Bajos, Internatio, Jacobson y Dudok de Wit, importadores tradicionales de azúcar, celebraron contratos de compra de azúcar francés por una cantidad elevada –del orden de al menos 70.000 toneladas– cuya entrega debía escalonarse a lo largo de varias campañas.

A consecuencia de estas operaciones, los productores nacionales y, en particular, Suiker Unie, descontentos al comprobar que una parte de este azúcar se revendía, a un precio inferior al de su propia producción, en el mercado del consumo humano –que entendían les estaba reservado– amenazaron, según la Comisión, a los comerciantes con hacer imposibles sus operaciones tradicionales de importación, en régimen de admisión temporal, de azúcar destinado a la industria lechera, abasteciendo ellos mismos esta industria en las condiciones del mercado mundial.

Obligados a doblegarse ante esta amenaza, los comerciantes -afirma la Comisión- se comprometieron, por un lado, a comercializar el azúcar importado de Francia a un precio que no era demasiado competitivo en relación con el del azúcar de producción neerlandesa; por otro, a ceder directamente las últimas cantidades de azúcar importado de este modo a los productores que se encargaban por sí mismos de su comercialización; por último, a no realizar más, en lo sucesivo, tales importaciones en los Países Bajos sin el consentimiento de estos últimos.

En estas circunstancias y durante las campañas siguientes, 1969/1970 y 1970/1971, Suiker Unie y Centrale Suiker compraron 14.000 toneladas de azúcar procedente de Francia.

Posteriormente, se integró a los comerciantes en los circuitos comerciales nacidos de la concertación entre los productores neerlandeses y Raffinerie Tirlemontoise. Hemos visto, en efecto, que las importaciones de azúcar belga destinado principalmente a la industria lechera se habían realizado a través del comercio tradicional belga y neerlandés, a condición de que se respetasen las cláusulas de destino impuestas.

Las alegaciones de la Comisión relativas a las presiones ejercidas sobre los comerciantes neerlandeses por Suiker Unie y Centrale Suiker se basan, en lo esencial, en una nota interna de la sociedad belga Export de 8 de junio de 1970.

Según he sido informado, esta nota, redactada por el Sr. Lemaire, director de dicha empresa, con destino a su Presidente, da cuenta de una conversación que su autor había mantenido algunos días antes con el Sr. Dudok de Wit, por entonces director a su vez de la casa comercial neerlandesa del mismo nombre.

Este documento recoge expresamente las «observaciones» que, según la Comisión, los productores neerlandeses dirigieron a los importadores nacionales a través del Sr. Lindeboom, director de Suiker Unie, y la «amenaza» de privar a los comerciantes de su actividad tradicional de abastecimiento de la industria lechera, si no aceptaban los términos del acuerdo que de ese modo se les imponía.

La Comisión se basó en especial en esta información para deducir de ella que Suiker Unie y Centrale Suiker, vinculadas entre sí por una estrecha cooperación y que ocupaban una posición dominante en el mercado neerlandés del azúcar, obligaron a los comerciantes a aceptar sus condiciones. La Comisión aprecia en ello una explotación abusiva de su posición dominante, infracción que incurre en la prohibición del artículo 86, ya que tuvo como consecuencia limitar, o incluso impedir, la venta en los Países Bajos, en condiciones libres, de azúcar procedente de otros Estados miembros, en este caso de Francia, y afectar así a los intercambios intracomunitarios.

Teniendo en cuenta el interés que reviste la nota de Export para verificar la materialidad

de los hechos que afirma la Comisión, este Tribunal de Justicia decidió oír no sólo los testimonios del autor de dicha nota y su interlocutor, el Sr. Dudok de Witt, sino también del Sr. Sanders, por aquel entonces apoderado y hoy director adjunto de la empresa Jacobson y, por último, del Sr. Lindeboom, cuyo testimonio cuestionó expresamente el Sr. Lemaire.

Ciertamente, este último confirmó que transcribió de modo fiel y completo el contenido de sus conversaciones con el Sr. Dudok de Wit, pero no pudo aclarar, en respuesta a la pregunta que se le formuló, si el «acuerdo» celebrado entre los productores neerlandeses y los comerciantes se concluyó «bajo una cierta presión o, por el contrario, con entera libertad».

Declaró que se trataba de relaciones que tuvieron lugar al margen de los contactos directos que tenía Export; por consiguiente, le era imposible dar una respuesta precisa al respecto.

Los Sres. Dudok de Wit y Sanders explicaron que los comerciantes neerlandeses, comprometidos a comprar en Francia un tonelaje sustancial de azúcar pedido en un momento en que la baja del franco francés hacía ventajosa dicha transacción, se encontraron, después de la devaluación oficial de esta divisa, en una situación difícil. En efecto, el azúcar aún no suministrado en octubre de 1969 ya no podía importarse en los Países Bajos más que previo pago de montantes compensatorios que incrementaban su precio de coste hasta el punto de que les resultaba difícil comercializar dicho azúcar en el mercado neerlandés sin exponerse a sufrir pérdidas.

Sólo los productores nacionales estaban en condiciones, en su opinión, de comprarlo en cantidades importantes y a plazo breve.

Comerciantes y productores estaban en contacto regular; parece, según los testigos, que en esta ocasión fueron los propios comerciantes quienes tomaron la iniciativa de ponerse en contacto con Suiker Unie y Centrale Suiker para ofrecerles el azúcar francés de que disponían.

Por tanto, los productores no pidieron el azúcar.

Por lo que se refiere a la pretendida «amenaza» que, según se afirma, profirió el Sr. Lindeboom, el Sr. Dudok de Wit declaró que el Sr. Lemaire interpretó de manera inexacta sus palabras. De hecho, la intención que manifestaron los propios productores de importar directamente para abastecer la industria lechera no era un hecho nuevo y, por otra parte, había empezado a ponerse en práctica. Este hecho, en sí mismo, constituía una amenaza para el comercio neerlandés. Pero en el curso de las negociaciones entre productores y comerciantes sobre la comercialización del azúcar francés en los Países Bajos, el Sr. Lindeboom no empleó en modo alguno este medio de

presión, o al menos no en los términos expresados por el Sr. Lemaire.

La declaración del Sr. Sanders es algo diferente. Admite que «en el ardor de una conversación en la que se trataba de celebrar un contrato que nos permitiera comercializar una parte del azúcar francés importado, es posible que los productores dieran a entender que tomarían medidas de represalia en caso de que los comerciantes no dejaran en el futuro de importar azúcar francés».

Sin embargo, en su opinión, la amenaza era poco creíble porque, por un lado, no era verosímil que los productores se hicieran en cierto modo competencia a sí mismos importando azúcar de países terceros; por otro, en este campo, los importadores tradicionales estaban en todo caso mejor colocados que ellos para negociar en el mercado mundial; por último, los productores no podían estar seguros de que tales importaciones fuesen posibles en el futuro, ya que la normativa comunitaria relativa a las importaciones de azúcar procedente de países terceros podía modificarse de una campaña a otra.

Por su parte, el Sr. Lindeboom niega categóricamente haber empleado amenazas en las conversaciones que mantuvo a este respecto con los comerciantes neerlandeses.

En realidad, dichos contactos se limitaron, según afirma, a una conversación que mantuvo con el Sr. Kopmels, por entonces directivo de la empresa Jacobson, con quien le unían lazos personales de confianza. Añade que se limitó a convencer a este último de la necesidad, tanto de los productores como de los comerciantes, de imponerse una «autodisciplina» común para hacer frente a los riesgos que la situación monetaria entrañaba para los precios interiores del azúcar en los Países Bajos. Por otra parte, la sola idea de que el comercio neerlandés pudiera dejarse amenazar, en la persona del Sr. Kopmels, por Suiker Unie, le parece totalmente inverosímil.

En resumen, las demandantes afirman que su actitud no es constitutiva de abuso y que sólo es la expresión de un comportamiento comercial normal: el azúcar francés que se ofreció a los comerciantes tradicionales lo fue a precios de dumping y era de simple lógica que los fabricantes responderían a esta maniobra «rebajando» sus propios precios. Al perder una parte de su mercado tradicional, el del consumo humano, era natural que replicaran concediendo precios temporales en el mercado (leche condensada) de sus competidores. Además, la aplicación de montantes compensatorios después de la devaluación del franco francés colocó a los comerciantes en la necesidad de encontrar una salida a precios poco competitivos.

Me parece que, para enjuiciar el comportamiento de que se trata, es preciso aplicar criterios no morales sino objetivos: para que haya abuso con arreglo al artículo 86 no es necesario que se profieran amenazas ni que éstas vengan acompañadas por un boicot en regla, como ocurrió en el caso de los comer-

ciantes minoristas en el momento de la guerra del azúcar.

Los apartados enunciados por el Tribunal de Justicia en la sentencia La Technique Minière (← Rec. 1966, pp. 337 y ss., especialmente p. 360) valen, *mutatis mutandis,* en materia de abuso. El Tribunal declaró que procede tener en cuenta en especial la naturaleza y la cantidad limitada o ilimitada de los productos, la posición de los socios comerciales en el mercado de los productos afectados, el lugar que ocupa el comportamiento en el conjunto en que se integra y las posibilidades que se dejan a otras corrientes comerciales de los mismos productos por medio de otros canales.

Si aplicamos estos criterios al caso de autos, habrá que formular las afirmaciones siguientes:

a) respecto a la cantidad de los productos, es sabido que los Países Bajos eran deficitarios; en tal situación de escasez, el comercio tradicional habría podido y debido desempeñar un papel especialmente activo;

b) el simple examen de las fuerzas presentes en el mercado basta para mostrar que el propio interés de los comerciantes les indujo a transigir. Frente al trío de los comerciantes tradicionales –que deseaban y eran perfectamente capaces de vender azúcar destinado al consumo humano– los fabricantes tienen una posición de cuasimonopolio en materia de producción, teniendo por otra parte asegurada la colaboración del único proveedor distinto que debe tenerse en cuenta (Raffinerie Tirlemontoise), el cual impone a sus intermediarios (Export y Hottlet) que vendan sólo para destinos aprobados por la industria azucarera neerlandesa y, en cualquier momento, puede ofrecer a ésta los medios para excluir del mercado a los comerciantes tradicionales;

c) la práctica reprochada a los fabricantes neerlandeses se inscribe en un plan de conjunto. Como en el caso de Tirlemont, la exclusión por Suiker Unie/Centrale Suiker de los comerciantes tradicionales del acceso al azúcar destinado al consumo humano era el complemento de su estrategia global: la concertación con los demás productores no debía ser cuestionada por el comercio tradicional y, por lo tanto, debían controlarse las actuaciones de éste.

Así es como sucedieron las cosas:

Después de la negativa de Sucre-Union a anular las entregas pendientes, los productores neerlandeses compraron el azúcar francés directamente y lo comercializaron con su marca. El azúcar vendido a continuación a los comerciantes neerlandeses por sus homólogos belgas se destinó siempre al mercado de la industria de la leche condensada (por ejemplo, venta de 5.000 toneladas el 1 de octubre de 1970 de

Export a Jacobson). Cuando, el 3 de agosto de 1971, Hottlet compró azúcar a Raffinerie Tirlemontoise, este azúcar debía estar «contenido en sacos de yute polietileno de 50 kg», que el comprador tenía que proporcionar, con la marca «Suiker Unie» y con destino a Suiker Unie Holanda.

Me parece, por tanto, que la prueba del abuso resulta objetivamente de la propia evolución del mercado, tal como se expresa en el comportamiento concreto de las empresas.

A este respecto, la nota de Export de 8 de junio de 1970 constituye un dato ciertamente interesante para la comprensión del comportamiento de las empresas, si bien casi innecesario.

El resultado del examen de los testigos implicados en estos hechos al que procedió el Tribunal de Justicia –cinco años después de éstos– se esgrimió en sentidos contradictorios, como suele suceder en esta materia. Dicho examen mostró algún cambio de énfasis, ciertos intentos de restar importancia, ciertos arrepentimientos, todo ello bien comprensible habida cuenta de la situación profesional de los protagonistas, aunque no pueda reemplazar al análisis objetivo de los hechos ni sustituir a las pruebas escritas.

El único punto dudoso es si este episodio de la «guerra del azúcar» se solventó mediante un acuerdo en forma entre comerciantes y fabricantes.

Parece cierto que hubo negociaciones entre los comerciantes neerlandeses y su proveedor francés para llevar a cabo la liquidación de las entregas (en especial, respecto a los embalajes) y, por otro lado, se firmó un contrato escrito entre el comercio belga y el comercio neerlandés (confirmación de venta dirigida por Export a Jacobson el 1 de octubre de 1970, rogándole a este último que le devolviera un duplicado firmado).

Pero no me parece que el hecho de que Suiker Unie y Centrale Suiker «convinieran» con los comerciantes tradicionales que éstos sólo abastecerían de azúcar extranjero a la industria de la leche condensada –y el respeto efectivo de este reparto de mercados– pueda calificarse, teniendo en cuenta la posición dominante de los fabricantes, de manera distinta que las actuaciones de Raffinerie Tirlemontoise en relación con el comercio belga o, como después se verá, que el sistema establecido por Süddeutsche Zucker AG y Südzucker Verkauf con sus agentes comerciales. Casi diría que estas modalidades son reflejo de la diversidad de temperamentos nacionales.

Cuando hay una posición dominante y la competencia no puede desempeñar su papel corrector, basta para que haya abuso, como ya lo decía el apartado 7 del artículo 66 del Tratado CECA, con que la empresa que disfruta de dicha posición la utilice «para fines contrarios a los objetivos del presente Tratado».

Me parece que, contemplado con dichos criterios, el comportamiento de Suiker Unie

y de Centrale Suiker no puede considerarse coincidente con los objetivos de la organización común de mercado y que, teniendo en cuenta su posición dominante, es expresión de un abuso de dicha posición. Dichas demandantes aplicaron, según el tenor del artículo 86, condiciones desiguales a terceros contratantes y les ocasionaron con ello una desventaja competitiva. Si además hubo un acuerdo, sólo pudo tratarse de un verdadero diktat.

VIII. *Protección del mercado de la República Federal de Alemania*

En menor grado que los Países Bajos y en especial que Italia, la República Federal de Alemania era uno de los Estados miembros en que los excedentes de otros países de la Comunidad (Bélgica y, sobre todo, Francia) deberían haber encontrado salidas. Sin embargo, estas corrientes de intercambios potenciales revestían una importancia variable en función de la región considerada, según las necesidades y las disponibilidades anuales de azúcar nacional en esa región.

A este respecto puede distinguirse el oeste de la República Federal de Alemania, ligeramente deficitario, y el sur de dicho país donde, con la notable excepción del Sarre, las necesidades y los recursos están aproximadamente equilibrados, sin perjuicio de variaciones estacionales. Debe advertirse, por otra parte, que, desde el establecimiento de la organización común, hubo un incremento y un desplazamiento del cultivo de remolacha hacia el sur de Alemania, y que esta región llegó prácticamente a la «autosuficiencia». Del mismo modo, la principal empresa de esta región, Süddeutsche Zucker AG, participó en las licitaciones italianas y exportó azúcar a Italia a razón de 10.000 a 20.000 toneladas al año.

Es preciso, por lo tanto, para examinar los presentes asuntos, distinguir dos mercados: el del oeste y el del sur de la República Federal de Alemania.

Un rasgo común a estas dos regiones es que, hasta el 30 de junio de 1968, fecha de la entrada en vigor de la organización común, la producción y el comercio del azúcar estaban regulados por una organización nacional de mercado.

La Zuckergesetz de 1951 (Ley federal del azúcar) se completaba, a su vez, por otras tres normativas sobre el precio de la remolacha, el precio del azúcar y la compensación de los gastos de transporte. Con arreglo a dicha Ley, el territorio de la República Federal de Alemania se dividía en zonas de venta. Para evitar los transportes antieconómicos, a cada fabricante de azúcar se le atribuía un determinado sector y sólo podía vender su producción en dicho sector. La caja de compensación sólo concedía restituciones en relación con los suministros realizados en la zona asignada. Además, la organización estaba reforzada, en el plano contractual, por una red comercial que revestía diversas modalidades.

Para la República Federal, igual que para los otros Estados miembros, el paso de esta organización a la organización común de mercado implicaba, por lo tanto, un cambio fundamental de orientación y, sin duda para facilitar su inserción y la de sus miembros en esta nueva situación, la Wirtschaftliche Vereinigung Zucker (Unión azucarera) encargó a un despacho de Abogados de Stuttgart que elaborase un «dictamen sobre las cuestiones de competencia en relación con la organización comunitaria de los mercados del azúcar».

Se sabe que los contratos que vinculaban a los productores alemanes se modificaron la víspera de la primera campaña azucarera comunitaria (1 de julio de 1968), sin duda para tener en cuenta la nueva normativa, pero que suponían la creación y el funcionamiento de tres entidades comercializadoras.

Estos acuerdos se comunicaron a la Comisión y fueron objeto de un procedimiento que está todavía en curso. Es de lamentar que este aspecto de las cosas, que ciertamente tiene incidencia en el presente litigio, todavía no se haya aclarado: la apreciación de la entidad de las infracciones reprochadas a los productores alemanes y a sus entidades comercializadoras, así como a sus socios comerciales del mercado común, está vinculada íntimamente al conocimiento de los acuerdos comunicados a la Comisión y a los contratos entre productores o entidades comercializadoras e intermediarios revendedores.

En todo caso, me parece imposible intentar realizar una apreciación sobre la evolución del mercado de la República Federal de Alemania sin tener en cuenta a la vez la concertación de las empresas azucareras alemanas con sus homólogas de otros Estados, la existencia de esta compartimentación nacional en zonas de venta y, por último, la organización de la red comercial de los productores.

Séame por ello permitido exponer mi análisis en torno, por un lado, al complejo que constituye el oeste de la República Federal de Alemania, con las dos imputaciones que se refieren a él: concertación entre Raffinerie Tirlemontoise y Pfeifer & Langen, y acuerdos celebrados entre Pfeifer & Langen y Westdeutsche Zuckervertriebsgesellschaft con sus intermediarios; y por otro, en torno a la parte meridional de la República Federal de Alemania: concertación entre Süddeutsche Zucker AG, y Béghin; accesoriamente, concertación entre Franken, filial de Süddeutsche Zucker AG, y Sucre-Union, y acuerdos celebrados entre la entidad comercializadora Südzucker Verkauf, cuyo miembro más importante es Süddeutsche Zucker AG, y los revendedores.

1. Por lo que se refiere a la protección del mercado de la parte occidental de Alemania, la Comisión señala prácticas concertadas entre Raffinerie Tirlemontoise y la sociedad Pfeifer & Langen durante las tres campañas 1969/1970 a 1971/1972.

Estas prácticas pueden clasificarse en los siguientes grupos:

– La mayoría de los suministros de azúcar belga en esta región de Alemania se realizaron directamente de productor a productor, en condiciones análogas a las comprobadas en el mercado neerlandés, al menos en lo que se refiere al azúcar blanco.

Estos suministros, relativamente reducidos durante la primera campaña, aumentaron progresivamente durante los años siguientes, hasta alcanzar cantidades sustanciales. Pasaron de 3.400 toneladas en 1968/1969, de las cuales sólo 800 toneladas fueron suministros directos a Pfeifer & Langen, a 45.300 toneladas en la última campaña, de las cuales cerca de 30.000 fueron suministradas a dicha empresa.

La proporción de los suministros directos representa, en las dos últimas campañas, aproximadamente el 75 % de las exportaciones belgas en la región considerada.

Hay que señalar, sin embargo, que una parte importante de dichas operaciones se refieren a azúcar terciado. Después volveré sobre este aspecto del problema.

– Las directrices generales de la política seguida por Raffinerie Tirlemontoise en relación con Pfeifer & Langen se muestran también semejantes a las que se observaron respecto de los productores neerlandeses. Un télex de Export a la demandante de 11 de septiembre de 1970 recuerda muy claramente las instrucciones de esta última, en el sentido de «no hacer nada que pudiera perturbar la estructura del mercado azucarero interior alemán en el marco de la clientela de Pfeifer & Langen». Este principio está confirmado por una carta de 14 de septiembre de Export a un mayorista alemán.

– A la luz de esta política se explican las negativas de Raffinerie Tirlemontoise a suministrar a comerciantes alemanes, así como las obligaciones dirigidas a imponer a los exportadores belgas que sólo aplicasen, en sus ventas a los usuarios alemanes, precios lo más cercanos posibles a los que se aplicaban en la región de destino, con la intención de disuadir a dichos compradores.

– Las presiones ejercidas por el grupo Tirlemont sobre los exportadores belgas para obligarles a exportar sólo con el consentimiento de Pfeifer & Langen reflejan el comportamiento idéntico de la demandante en lo que se refiere a las exportaciones en el mercado neerlandés. Estas presiones se dirigían indiscutiblemente a imponer cláusulas de destino determinado.

En la medida en que estas prácticas se refieren a suministros de azúcar blanco, me parece demostrado que proceden de una concertación entre Raffinerie Tirlemontoise y Pfeifer & Langen, y se inscriben en la línea de un comportamiento cuidadosamente coordinado entre estas dos empresas.

Los documentos incorporados a los autos son reveladores al respecto.

Raffinerie Tirlemontoise, al comprobar en julio de 1969 que azúcar belga vendido para su desnaturalización había sido en realidad importado al mercado alemán del consumo humano, reaccionó vivamente recordando que «estos despachos al consumo [...] sólo son posibles gracias a precios inferiores a los pedidos por los productores alemanes; por consiguiente, éstos deploran vivamente la presión que de este modo ejercen sobre su mercado». Insiste por consiguiente a los comerciantes belgas para que pongan fin a tales operaciones. Y se comprueba, en efecto, que tanto Export como Hottlet se comprometen en lo sucesivo a vender sólo para la desnaturalización el azúcar comprado con este destino.

Igualmente, la abundante correspondencia cruzada entre los comerciantes belgas y Raffinerie Tirlemontoise o los productores que ella controla confirma, en 1970, el compromiso de los exportadores de no suministrar en Alemania azúcar para el consumo humano.

En cuanto a la obligación que se les impone de abstenerse de cualquier exportación libre a usuarios industriales o en la región de Alemania limítrofe con Bélgica, si no es con el consentimiento de Pfeifer & Langen o a precios adaptados a los de la empresa alemana, se menciona expresamente en los documentos que proceden de Export y que se ajustan al respecto al sentido del acta de 30 de abril de 1970 en que se recuerda, en términos que ya he citado, la política definida por Raffinerie Tirlemontoise: «ningún movimiento de azúcar de país a país, si no es previa concertación entre productor y productor».

Tampoco sorprende comprobar, en una serie de télex cruzados entre Export y Raffinerie Tirlemontoise, que esta última, ante una oferta de compra importante de azúcar blanco propuesta a Export por un comerciante alemán a un precio que le parecía considerablemente inferior al aplicado por Pfeifer & Langen, exigió una subida de dicho precio, y además en condiciones tales que finalmente no se pudo llevar a cabo la transacción.

Por último, una serie de ofertas o de confirmaciones de compra dirigidas durante la campaña 1969/1970 por Export y Hottlet a productores belgas indican que éstos sólo aceptaron vender azúcar con destino a Alemania a un precio franco fábrica superior al que debían fijar para otros destinos.

Las negativas a suministrar en el mercado del oeste de Alemania se prueban también por la correspondencia cruzada entre Raffinerie Tirlemontoise y Export, de la que se desprende que el grupo Tirlemont señaló su oposición, a veces de manera velada, a que se realizaran ventas en el mercado alemán exigiendo precios disuasorios. Esto lo confirman las quejas de las empresas comerciales alemanas por no haber recibido con la debida antelación ofertas de los comerciantes belgas a precios lo bastante interesantes.

La Comisión se basa en estos documentos para afirmar que estas prácticas son fruto de una concertación. Por mi parte considero que, en efecto, estos documentos no sólo presentan por sí mismos importantes elementos de convicción, sino que ponen en evidencia actuaciones análogas a las que se han comprobado en las relaciones entre Raffinerie Tirlemontoise y los productores neerlandeses. Los comportamientos que muestran sólo pueden explicarse racionalmente en la medida en que constituyen un medio de ejecución de la política general de concertación entre los productores.

¿Cómo pueden comprenderse las negativas y reticencias ante las ofertas de compra de los comerciantes o usuarios alemanes, cuando la producción belga era, durante las tres campañas de que se trata, en gran medida excedentaria y en la parte occidental de Alemania existía una importante demanda? Denotan la voluntad del grupo Tirlemont de no competir con Pfeifer & Langen en su propio territorio.

Las demandantes no omiten, como también lo hicieron Suiker Unie y Centrale Suiker, negar todo valor probatorio a documentos que generalmente sólo cuestionan las relaciones entre Raffinerie Tirlemontoise y los exportadores belgas, principalmente Export. Pero no hay ninguna razón para pensar que las informaciones que se deducen de dicha correspondencia o incluso de las notas internas de Export no sean conformes a la realidad. Por otra parte, están corroboradas por correspondencia cruzada con determinados comerciantes alemanes.

Respecto a la circunstancia que invoca Pfeifer & Langen de que los intereses de Export en ese negocio eran opuestos a los de Raffinerie Tirlemontoise, porque la política de esta última tuvo la consecuencia de oponerse, en varias ocasiones, a operaciones que Export deseaba realizar, no me parece que afecte en modo alguno a la veracidad de los escritos de esta última empresa; antes al contrario, esta oposición es, en sí misma, una prueba del comportamiento de Raffinerie Tirlemontoise que, por otra parte, no alegó que sus propias declaraciones fueran deformadas o tergiversadas por Export.

Por último las alegaciones invocadas por Pfeifer & Langen, que afirma no haber sido designada nunca nominalmente como participante en la concertación, no resisten el análisis. Si bien algunos de los documentos aportados sólo se refieren en términos generales a los «productores alemanes», dicha empresa es mencionada expresamente en otros documentos. Por otra parte, es manifiesto que, entre los productores alemanes, Pfeifer & Langen resulta ser la empresa cuya implantación geográfica en relación con Bélgica la situaba en posición de competencia inmediata con el grupo Tirlemont.

El mero hecho de sus compras directas de azúcar belga, revendido a continuación al precio del azúcar de su propia producción, en las mismas condiciones y con su marca, bastaría, en cualquier caso, para designarla como el socio comercial de Raffinerie

Tirlemontoise en la mencionada concertación. Añadiré que la demandante no niega seriamente haber comunicado a Raffinerie Tirlemontoise los precios franco fábrica que aplicaba y que, en el contexto en que se solicitó y obtuvo esta información, sólo se aprecia en ello un elemento adicional de la práctica concertada, ya que permitió, de hecho, a los productores belgas adaptar, u obligar a los comerciantes belgas a adaptar, el precio del azúcar belga exportado a la zona de venta de Pfeifer & Langen para evitar hacer la competencia a dicha empresa en su propio mercado.

Por consiguiente, por los motivos ya expuestos respecto a la protección del mercado de los Países Bajos, pienso que las prácticas concertadas que tuvieron por objeto proteger de la misma forma el mercado de la parte occidental de Alemania deben considerarse demostradas. Al haber afectado manifiestamente al comercio entre los dos Estados miembros, pretendían igualmente obstaculizar la competencia que hubiera debido desarrollarse en esta región, al permitir de este modo a Pfeifer & Langen mantener una situación adquirida.

Resta por preguntarse si la realidad de estas prácticas concertadas, directamente probada en lo que se refiere a las operaciones relativas a azúcar blanco, puede admitirse también respecto a los suministros de azúcar terciado de Raffinerie Tirlemontoise a Pfeifer & Langen que, durante las tres campañas de que se trata, ascendieron a una cantidad total de 55.000 toneladas.

Al tratarse de suministros directos y no disponer de documentos que pudieran probar una práctica concertada, la Comisión se limitó a afirmar, para incluirlos en el mecanismo de la concertación general, que Raffinerie Tirlemontoise no tenía ningún interés en realizar dichos suministros. Por una parte, en efecto, tenía una capacidad de refino que, sumada a la de la fábrica de Oreye, le permitía tratar la totalidad del azúcar terciado que producía; por otra, ante una demanda importante de azúcar belga procedente de comerciantes o de usuarios alemanes –demanda que, como se ha visto, en lo sustancial quedó insatisfecha– Raffinerie Tirlemontoise tenía a la vez la posibilidad de suministrar a sus compradores azúcar blanco de su propia fabricación e interés en hacerlo, porque de este modo obtenía el margen de refino. Ahora bien, ni los gastos de transporte, pues sus compradores se encontraban en una zona especialmente cercana, ni la necesidad de crear una red de distribución autónoma habrían constituido, según la Comisión, obstáculos insuperables.

Por lo que respecta a Pfeifer & Langen, contaba, además de su propia producción de azúcar terciado, con la posibilidad de comprar a los productores de Alemania septentrional el complemento necesario para utilizar plenamente su propia capacidad de refino. Por lo demás, eso es lo que hizo. En estas circunstancias, no tenía ninguna necesidad de azúcar terciado producido por Raffinerie Tirlemontoise. A mayor abundamiento, el precio al que habría comprado azúcar terciado belga era tan elevado que ella misma no habría podido obtener un margen de refino normal.

De este modo, el comportamiento de las demandantes sólo podía explicarse por la voluntad común de las dos empresas de evitar que las cantidades de azúcar terciado suministradas a Pfeifer & Langen fueran transformadas en azúcar blanco por las refinerías belgas y exportadas, como producto terminado, al territorio de venta de la empresa alemana.

A estas alegaciones las empresas demandantes responden sin dificultad, aportando cifras, con consideraciones técnicas extraídas en particular de sus respectivas capacidades de refino. Raffinerie Tirlemontoise, por su parte, afirma disponer de una capacidad inferior a la que le atribuye la Comisión: 200.000 toneladas al año y no 225.000 toneladas, porque sería erróneo, especialmente, añadir a su capacidad la de Raffinerie Notre-Dame, que no está en condiciones de refinar azúcar terciado fuera del período de la cosecha. Además, habría de tenerse en cuenta el hecho de que la demandante está obligada a refinar el azúcar terciado que ponen a su disposición determinadas azucareras belgas que carecen de instalaciones de refino, así como los jarabes –llamados «miel» de las azucareras– producidos en ocho establecimientos que forman parte de su complejo industrial.

Teniendo esto en cuenta, Raffinerie Tirlemontoise, afirma, dispone en promedio de 230.000 toneladas de azúcar terciado al año. Por ello está obligada a vender directamente una parte, aunque no sólo a Pfeifer & Langen sino también a refinerías establecidas en otros Estados miembros e incluso en países terceros. En estas circunstancias, tiene un interés tanto industrial como comercial en vender directamente azúcar terciado a Pfeifer & Langen a un precio ventajoso para sí misma, antes que intentar vender azúcar blanco a comerciantes o usuarios alemanes a riesgo de perder la clientela de Pfeifer & Langen.

Esta empresa, cuya capacidad de refino asciende, afirma, a 260.000 toneladas al año, lo que supera con mucho su propia producción, está obligada, para utilizar plenamente dicha capacidad en condiciones de rentabilidad convenientes, a comprar cantidades muy importantes de azúcar terciado no sólo a Raffinerie Tirlemontoise sino también a otros productores, en particular del norte de Alemania. Por lo demás, los suministros del fabricante belga sólo suponen una parte relativamente escasa de todas estas entregas. Además, Pfeifer & Langen tenía interés en diversificar sus fuentes de abastecimiento, en especial para paliar una disminución posible, si no probable, de los suministros que recibe de Baja Sajonia. Por último, el azúcar terciado procedente de Bélgica le permitió, según afirma, fabricar azúcar blanco de alta calidad cuya venta autorizaba un margen de beneficio superior.

Advierto a este Tribunal de Justicia que no intento intervenir en el debate técnico acerca de las respectivas capacidades de refino de Raffinerie Tirlemontoise y de Pfeifer & Langen, tanto más cuanto que me encuentro al respecto ante afirmaciones discordantes de la Comisión y de las demandantes. Es en

otro terreno donde me parece necesario situarme.

En el fondo, lo que la Comisión censura no son tanto los suministros de azúcar terciado realizados por Raffinerie Tirlemontoise a Pfeifer & Langen, considerados en sí mismos, como el hecho de que estos suministros no se vieran acompañados de suministros considerables de azúcar blanco, cuando el lógico interés de Raffinerie Tirlemontoise habría debido impulsarla a realizar tales ventas en el mercado libre del oeste de la República Federal de Alemania; cuando dicha empresa tenía los medios para ello y, por último, cuando la inexistencia de una red comercial es un falso pretexto. En realidad, estos suministros de azúcar terciado sustituyeron suministros de azúcar blanco. Dichos suministros resultan censurables en la medida en que representan una cantidad equivalente de azúcar blanco belga que habría podido y debido ser comercializada con beneficios en dicho mercado.

Por lo demás, hay que señalar que, durante la campaña 1970/1971, caracterizada por un déficit de azúcar blanco en Alemania, al mismo tiempo que Raffinerie Tirlemontoise suministraba azúcar terciado a Pfeifer & Langen, los productores franceses suministraban, por su parte, a esta misma empresa azúcar blanco en cantidades superiores.

Otro punto en el que insiste la Comisión consiste en que estos suministros resultaron relativamente caros a Pfeifer & Langen, habida cuenta por lo demás de la distancia entre Liers y Elsdorf; la Comisión ve en ello la contrapartida del lucro cesante soportado por Raffinerie Tirlemontoise por haberse abstenido de vender azúcar blanco de calidad equivalente.

La Comisión no omitió señalar la contradicción en que incurrió Pfeifer & Langen al afirmar que tenía interés en comprar azúcar terciado a Raffinerie Tirlemontoise, con independencia de que quisiese evitar una incursión de esta última en su propio mercado de azúcar blanco. Igualmente, y para disipar la impresión de que los suministros de azúcar terciado podrían explicar la falta de suministros de azúcar blanco en su mercado, Pfeifer & Langer explicó, en respuesta a las preguntas formuladas por el Tribunal de Justicia a este respecto, que los suministros de azúcar terciado de Raffinerie Tirlemontoise no le resultaban tan interesantes como para aceptar a cambio la competencia de Raffinerie Tirlemontoise en su propio mercado de azúcar blanco. Pero entonces es legítimo preguntarse si no debía suceder lo mismo con Raffinerie Tirlemontoise: el interés de las ventas de azúcar terciado a Pfeifer & Langer no bastaba para que una empresa de la envergadura de Raffinerie Tirlemontoise, actuando de forma autónoma y en condiciones normales, renunciase a vender azúcar blanco en la zona de venta de Pfeifer & Langen.

Como respuesta a la afirmación de la Comisión según la cual la única explicación de los suministros de Raffinerie Tirlemontoise es que Pfeifer & Langen pagó el azúcar terciado a un precio «particularmente interesante», lo que admite Raffinerie Tirlemon-

toise, Pfeifer & Langen, que considera que a ella también le beneficiaba negociar, explica, en último término, que la venta de azúcar terciado resultaba especialmente rentable para Raffinerie Tirlemontoise, ya que prácticamente reportaba a dicha empresa el mismo beneficio que si ella misma hubiese refinado el azúcar terciado.

Por lo que respecta a Pfeifer & Langen, afirma que sólo pagó un precio tan elevado por el azúcar terciado porque estaba destinado a su transformación en variedades especiales, respecto de las cuales el margen de transformación es especialmente elevado, y cuya venta en la República Federal de Alemania no era posible para un productor extranjero como Raffinerie Tirlemontoise.

Es difícil para el profano seguir en todos sus matices este cruce de alegaciones y formular después una apreciación económica categórica acerca de una situación extremadamente técnica. Observaré únicamente que, si bien es cierto que a veces en el mercado mundial, en un período excedentario y de aumento de las existencias –en especial de azúcar blanco– sucede que el precio de éste desciende por debajo del precio del azúcar terciado, esta situación difícilmente puede producirse en el mercado comunitario, en todo caso no durante varias campañas sucesivas.

En el supuesto de que sólo existiesen estos suministros de azúcar terciado, es dudoso que bastasen para probar la realidad de una concertación.

Pero este aspecto de la imputación dirigida contra Pfeifer & Langen y Raffinerie Tirlemontoise debe, a mi entender, relacionarse con la concertación, que por mi parte considero demostrada, relativa al azúcar blanco.

No son censurables los suministros de productos semiacabados entre fabricantes cuando éstos se hacen la competencia en la fase de productos terminados. Pero sí lo son, por el contrario, desde el momento en que dichos fabricantes se conciertan para no competir entre sí en la fase del producto final. Ahora bien, esto es precisamente lo que sucedió en el presente caso.

Pienso, pues, que el empeño de Raffinerie Tirlemontoise en restar importancia a su capacidad de refino, presuntamente ya saturada, y en utilizar plenamente la de Pfeifer & Langen, que se pretende excedentaria, no basta para justificar estos suministros de azúcar terciado que tenían la ventaja, hecho lo bastante raro como para señalarlo, de ser especialmente interesantes para dos competidores. Dichos suministros sólo se explican por la certeza de que Raffinerie Tirlemontoise tampoco intervendría en el mercado libre de azúcar blanco de Pfeifer & Langen. A esta certeza se añadía la garantía de que las ofertas de compra formuladas por clientes situados en las regiones fronterizas serían rechazadas cortésmente, a pesar de las condiciones favorables desde el punto de vista del transporte. Así, efectivamente, sucedieron las cosas.

Entiendo, por consiguiente, que también se ha probado la realidad de la práctica concertada por lo que se refiere a los suministros de azúcar terciado.

2. Además de la imputación de haber participado con Raffinerie Tirlemontoise en una práctica concertada para proteger su mercado de las importaciones procedentes de Bélgica, se reprocha a Pfeifer & Langen haber protegido este mismo mercado concertándose con sus intermediarios.

Desde que se estableció la organización común, la entidad comercializadora Westdeutsche Zuckervertriebsgesellschaft utilizó, para la venta del azúcar producido en esta zona, los servicios de cuatro comisionistas regionales con los que celebró «contratos de comisión», en tanto que Pfeifer & Langen, para la venta de su propia producción, utilizaba los servicios de doce agentes comerciales con los que había celebrado «contratos de agencia», siendo algunos de ellos también comisionistas de Westdeutsche Zuckervertriebsgesellschaft. La actividad de estos intermediarios se limitaba a determinados territorios y sólo podía referirse a azúcar procedente de otros productores del mercado común con la autorización por escrito de Westdeutsche Zuckervertriebsgesellschaft o de Pfeifer & Langen.

Las respuestas a las preguntas formuladas por el Tribunal de Justicia confirmaron que todos los contratos celebrados por Pfeifer & Langen con sus agentes contenían una cláusula de limitación territorial al interior de la República Federal de Alemania (un mapa anexo determina en cada caso el perímetro de venta) y la prohibición de vender azúcar procedente de otros productores del mercado común. Estas restricciones también se aplicaron a un comerciante, cuando no a tres, que no estaban vinculados a Pfeifer & Langen por ningún contrato expreso.

Deduce de ello la Comisión que el establecimiento de este sistema de venta es resultado de una concertación entre todos los productores alemanes del oeste de la República Federal de Alemania y que su consecuencia fue que el comerciante «libre» que vende azúcar en su nombre y por su cuenta quedó excluido de este tipo de venta respecto al azúcar producido en dicha parte de Alemania, como era el caso, por otra parte, en las demás entidades comercializadoras. Independientemente de la práctica concertada entre productores orientada a proteger el mercado del oeste de la República Federal de Alemania, la Comisión consideró que este sistema restringe la competencia en la fase de comercialización e infringe el apartado 1 del artículo 85: los comisionistas y agentes de Westdeutsche Zuckervertriebsgesellschaft y de Pfeifer & Langen sólo podían vender azúcar de sus comitentes, les estaba prohibido vender azúcar de otros productores e incluso sólo podían hacerlo en un territorio determinado.

Pfeifer & Langen, que es la única que interpuso un recurso contra esta parte de la Decisión, responde que sus agentes son intermediarios que no tienen ninguna independencia y que constituyen parte

integrante de su propia organización de ventas. Ahora bien, el Derecho alemán prohíbe a tales intermediarios hacer la competencia a su mandante, como consecuencia de la obligación de lealtad que tienen respecto a él.

Por otra parte, en su Comunicación de 24 de diciembre de 1962, relativa a los contratos de representación exclusiva suscritos con agentes comerciales (DO 1962, 139, p. 2921; EE 08/01, p. 58), la propia Comisión declaró que el artículo 85 no se refería a los agentes comerciales, en la medida en que estaban integrados como auxiliares en la empresa de su mandante.

Es posible que, según el Derecho mercantil alemán, un agente comercial actúe en nombre y por cuenta de su comitente.

Aunque, como bien dice la Comisión, procede dilucidar si efectivamente se trata de un simple auxiliar integrado en la empresa del mandante y, para hacerlo, hay que fijarse menos en la denominación que en la función del «agente comercial».

Un comerciante no puede considerarse, según la Comisión, como órgano auxiliar cuando, además de sus actividades de agente, actúa en medida no desdeñable por cuenta propia como comerciante independiente.

Ahora bien, según la Comisión, tal es el caso de los agentes de la demandante. Invoca el hecho –que me parece cierto– de que a algunos agentes de la demandante se les califica, en las guías profesionales, como comerciantes al por mayor o importadores. Me parece que estas empresas deben situarse en el mismo nivel que otros comerciantes cuyos nombres son conocidos a raíz de asuntos relativos a la desnaturalización o a la exportación de azúcar.

En respuesta a las preguntas del Tribunal de Justicia, la demandante confirmó que sus agentes, aparte de su actividad por cuenta de ella, actuaban como comerciantes independientes. Los «comisionistas regionales» que se establecieron después de la instauración de la organización común son importantes empresas del comercio al por mayor de productos alimenticios, que tienen un volumen de negocios sustancial no sólo a causa de sus ventas, en la zona que se les ha asignado, de azúcar procedente de los miembros de la entidad comercializadora, sino también a causa de su actividad particular en el campo de la exportación a países terceros o de las operaciones de importación de azúcar destinado a la desnaturalización, campo que por lo demás, como es sabido, había sido «abandonado» en otros países como Bélgica y los Países Bajos al «comercio tradicional».

Si estos comerciantes se dedicaron a tales operaciones hacia países terceros o para la desnaturalización, habrían podido hacerlo perfectamente para vender azúcar destinado al consumo humano procedente de otros

productores distintos de los miembros de la entidad comercializadora, en otras zonas de venta. Renunciaron a ello por un acuerdo con su comitente.

Además, incluso -y la Comisión tiene razón en subrayarlo- en relación con el Derecho interno, existe asimismo en la República Federal de Alemania el artículo 18 de la GWB, que dispone que las cláusulas de exclusiva pueden declararse sin efecto en la medida en que restrinjan el juego de la competencia. Discuten los autores sobre si las restricciones impuestas a los agentes comerciales están comprendidas o no en el ámbito de aplicación del artículo 18. Parece inútil entrar en esta controversia; basta con observar que estas restricciones pertenecen al ámbito de aplicación del artículo 85 del Tratado de Roma.

El Tribunal de Justicia ha declarado respecto a los «contratos verticales» (me parece que las cláusulas controvertidas entran en este concepto):

«Que, [...] aun en el caso de que no dé lugar a un abuso de posición dominante, un acuerdo entre operadores económicos situados en distintas fases que pueda afectar al comercio entre Estados miembros, y simultáneamente tenga por fin o por efecto impedir, restringir o falser el juego de la competencia, quedando, de esta forma, comprendido en la prohibición del apartado 1 del artículo 85» (sentencia de 13 de julio de 1966, Italia/Comisión, 32/65, Rec. pp. 563 y ss., especialmente p. 592).

Y asimismo: «si bien el tenor literal del artículo 85, siempre que concurran los demás requisitos, hace que la prohibición sea aplicable a un acuerdo entre varias empresas y, por tal motivo, no contempla la situación de una empresa única en la que esté integrada su propia red de distribución, ello no implica que sea lícita, por simple analogía económica, por lo demás incompleta y en contradicción con dicho tenor literal, la situación contractual derivada de un acuerdo entre una empresa productora y una empresa distribuidora» (sentencia de 13 de julio de 1966, Grundig, asuntos acumulados 56/64 y 58/64, Rec. pp. 429 y ss., especialmente p. 493).

Advierto, por lo demás, una confirmación de la tesis de la Comisión en el hecho de que -lo que no es mera coincidencia- Westdeutsche Zuckervertriebsgesellschaft modificó los contratos que había celebrado con sus comisionistas tras adoptarse la Decisión impugnada y que los agentes con quienes Pfeifer & Langen sólo había celebrado contratos verbales fueron informados por ésta (como muy tarde, a partir de enero de 1973) de que no estaban obligados a trabajar para ella en exclusiva, firmándose el 2 de enero de 1973 un nuevo contrato de agencia entre la demandante y sus doce comisionistas, contrato que ya no contenía cláusula de exclusiva.

Es muy posible que dichos «comisionistas» no aceptaran con excesivo entusiasmo que se redujera su papel en materia de venta de azúcar destinado al consumo humano (venta únicamente del azúcar fabricado por Westdeutsche Zuckervertriebsgesellschaft y sus

miembros en el territorio convenido), pero de ahí a decir que esta limitación se acordó mediante un abuso de posición dominante (art. 86) –como en el caso de Raffinerie Tirlemontoise/comercio belga y Suiker Unie, Centrale Suiker/comercio neerlandés– no hay más que un paso. Además, Pfeifer & Langen no ocupa una posición comparable a la de Süddeutsche Zucker AG ni en cuanto a la importancia de su producción propia ni en cuanto a la importancia de su participación en su entidad comercializadora. Incluso si así sucediera, el Tribunal de Justicia ha declarado que «la alteración de la competencia, que está prohibida cuando se deriva de los comportamientos mencionados en el artículo 85, no se convierte en lícita cuando estos comportamientos, realizados bajo el influjo de una empresa dominante, logran materializarse en una integración de las empresas entre sí» (sentencia de 21 de febrero de 1973, Continental Can, 6/72,- Rec. pp. 215 y ss., especialmente p. 246).

Por consiguiente, las cláusulas de exclusiva celebradas entre Westdeutsche Zuckervertriebsgesellschaft/Pfeifer & Langen y sus comisionistas son contrarias al apartado 1 del artículo 85; las demandantes no pueden acogerse a la «validez provisional» pretendiendo que no tuvieron la posibilidad de notificar dichos contratos, porque la comunicación de la Comisión sólo tenía carácter indicativo y no excluía el interés de las empresas en conseguir una declaración negativa o en que se determinara la situación jurídica mediante una decisión individual. La verdad es que esta situación les convenía mucho.

3. El mercado meridional de Alemania, al igual que el de su parte occidental, se caracteriza por la agrupación de los productores en una entidad comercializadora, Südzucker Verkauf, subdividida en zonas bien definidas. Las cinco empresas que se agrupan en su seno realizan el 38 % de la producción total alemana, es decir, 800.000 toneladas al año aproximadamente. La entidad comercializadora representa más del 90 % del mercado en su territorio de venta.

Los dos principales protagonistas de la concertación alegada son dos «gigantes» de la producción azucarera:

- Béghin, por una parte, que después de la fusión con Say, que tuvo lugar iniciado ya el procedimiento, se convirtió, con las filiales comunes, en el primer productor francés y ahora en el segundo productor comunitario después de la empresa británica Tate & Lyle;

- Süddeutsche Zucker AG, por otra, que tiene una participación del 51,5 % en la entidad comercializadora; con ocho azucareras, esta sociedad realiza el 70 % de la producción de dicha comercializadora, es decir, el 29 % de la producción total alemana; dicha empresa ocupa, por lo tanto, una posición dominante de carácter regional en la parte meridional de la República Federal de Alemania.

Otras dos empresas estuvieron implicadas en las prácticas concertadas advertidas en este mercado:

- Por parte francesa, la sociedad Sucre-Union, órgano de comercialización creado en 1966 por veintitrés azucareras francesas;

- por parte alemana, Zuckerfabrik Franken que, con cuatro empresas azucareras, realiza más del 8 % de la producción alemana total. Süddeutsche Zucker AG es titular de una participación del 25 % en esta empresa.

Hay que señalar, sin embargo, que no se impusieron multas ni a Sucre-Union ni a Franken. Estas no interpusieron recurso contra la Decisión impugnada.

Se plantea una cuestión particular, al examinar esta imputación, respecto a la entidad comercializadora Südzucker Verkauf. Consta que, en la parte dispositiva de la Decisión impugnada (punto 4 del apartado 1 del artículo 1), no se menciona esta última entre las que participaron en esta concertación.

En cambio, se le imputan infracciones del artículo 86 del Tratado en el punto 3 del apartado 2 de la misma Decisión.

Sin embargo, durante el procedimiento, la Comisión afirmó que la imputación de concertación en el mercado de Alemania meridional se dirigía también contra Südzucker Verkauf y que si se había impuesto una multa a esta sociedad ello se debía únicamente a su participación en la infracción del apartado 1 del artículo 85. Esta sería la conclusión, según la Comisión, de la exposición de motivos de la Decisión así como de las disposiciones introductorias del apartado 2 del artículo 1 de la parte dispositiva, a tenor de las cuales «se ha comprobado que las medidas siguientes, advertidas *en el contexto de prácticas concertadas,* constituyen en sí mismas infracciones de los artículos 86 u 85 del Tratado».

Si entiendo bien esta tesis, la Comisión establece un vínculo entre práctica concertada y abuso de posición dominante, de forma que la segunda infracción contribuyó a garantizar la eficacia de la primera.

Me siento inclinado a aceptar este razonamiento y a admitir que las dos imputaciones no son enteramente disociables, en la medida en que la organización de ventas de la entidad comercializadora contribuyó ciertamente a limitar las importaciones de azúcar blanco en la zona que le está reservada. Pero me reservo la posibilidad de deducir las oportunas consecuencias al examinar la imputación de abuso de posición dominante formulada contra Südzucker Verkauf.

Dicho esto, y limitándome por el momento a la concertación entre productores, las prácticas reprochadas por la Comisión son de igual naturaleza que las comprobadas por lo que respecta al mercado de la parte occidental de Alemania.

Se trata, en primer lugar, de los suministros directos de productor a productor. Süd-

deutsche Zucker AG y Franken compraron, desde la campaña 1970/1971, cantidades crecientes de azúcar terciado a Béghin y de azúcar blanco tanto a Béghin como a Sucre-Union. Comercializaron este producto, una vez transformado el azúcar terciado, a los mismos precios y condiciones de venta que el azúcar fabricado por ellas, con su propia marca.

Estos suministros se referían a cantidades relativamente importantes, especialmente por lo que respecta al azúcar terciado suministrado por Béghin a Süddeutsche Zucker AG, a saber, 11.200 toneladas correspondientes a la campaña 1970/1971 y 13.900 respecto a la campaña siguiente; y a Franken, 9.200 toneladas en 1971/1972. Los suministros de azúcar blanco fueron de menor importancia: mínimos por parte de Béghin, consistiendo en 286 toneladas vendidas a Süddeutsche Zucker AG, y, en el caso de Sucre-Union, de 4.500 toneladas suministradas a esa misma empresa y 4.000 toneladas a Franken.

Ahora bien, procede destacar sobre todo que, aparte de estos suministros directos, las importaciones destinadas a los usuarios industriales o comerciantes alemanes establecidos en el territorio de venta de Südzucker Verkauf fueron muy limitadas, excepto por lo que respecta al azúcar destinado a la desnaturalización o a la exportación a países terceros.

De ello deduce la Comisión que las dos empresas francesas evitaron incrementar el grado de competencia en el mercado de Alemania meridional. A través de la concertación con sus competidores, contribuyeron, afirma, a compartimentar este mercado.

Como es lógico, las demandantes tratan de justificar su comportamiento mediante consideraciones económicamente racionales.

En cuanto a las empresas francesas, los suministros de productor a productor les permitían compensar las variaciones de producción de una campaña a otra y utilizar de la mejor manera posible las capacidades de refino disponibles mediante el suministro de azúcar terciado o de azúcar blanco de calidad inferior destinado a su transformación en azúcar líquido. Estas operaciones, afirman, eran tanto más ventajosas cuanto que los costes de transporte del azúcar terciado son relativamente escasos. Por el contrario, los proveedores no tenían ningún interés en correr con los gastos de una red de distribución en Alemania meridional y exponerse a los riesgos del almacenamiento.

Por su parte, los compradores alemanes encontraban en ello la ventaja de evitar la pérdida de clientes y cuotas de mercado.

Por último, los suministros directos de productor a productor no impidieron, según las demandantes, cierto desarrollo de otros

intercambios intracomunitarios en la región de que se trata.

Verdad es que Sucre-Union, por su parte, suministró a intermediarios independientes cantidades de azúcar no desdeñables, al menos durante la campaña 1970/1971, y por esta razón la Comisión no le impuso una multa.

No se discute que Béghin, por el contrario, no realizó tales operaciones.

Pero la demandante invoca en su provecho el hecho de que sus suministros directos a Süddeutsche Zucker AG y a Franken se referían casi exclusivamente a azúcar terciado procedente de su fábrica de Sillery, situada en la región de Reims. Ahora bien, la producción de azúcar terciado de esta azucarera se ha vendido siempre a las refinerías francesas o extranjeras, porque habría sido absurdo económicamente, se me dice, tratar el producto en la refinería que Béghin posee en Thumeries, cerca de Lille, es decir, realizar en primer lugar el transporte desde el Marne hasta el norte de Francia para conseguir azúcar blanco que, a continuación, habría que transportar a Alemania meridional.

Además, mientras que la producción de azúcar terciado de Sillery prácticamente se duplicó entre 1967/1968 y 1970/1971, la refinería de Thumeries, funcionando a plena capacidad, no habría podido en ningún caso hacerse cargo de las cantidades adicionales de azúcar terciado procedentes de Sillery.

Por lo que respecta a Süddeutsche Zucker AG, ésta afirma que en 1970/1971 se encontraba con escasas existencias y que por tanto precisaba, para cumplir los contratos de abastecimiento a largo plazo, importar azúcar terciado, lo que por otra parte ya había realizado varias veces desde antes de 1968. Las compras hechas a Béghin y a Sucre-Union tuvieron por objeto resolver este problema, tras haber intentado por lo demás abastecerse de otros productores, en especial en Baja Sajonia.

Para las demandantes, las operaciones controvertidas se justificarían, pues, por imperativos de orden industrial y comercial que bastan, a su juicio, para excluir toda idea de concertación.

No estoy enteramente convencido. Lo que se reprochó esencialmente a Béghin no es tanto que suministrara directamente azúcar terciado a los productores de Alemania meridional sino que contribuyera a la compartimentación de dicho mercado al no efectuar ningún suministro de azúcar blanco a los comerciantes o usuarios de esta región. Y a este respecto es preciso referirse a un factor que brilla por su ausencia en el debate suscitado entre las partes respecto a esta imputación: se trata del Sarre.

Ciertamente, la inexistencia de una contraprestación identificable podría enervar el

reproche de práctica concertada y, si se demostrara que los productores franceses afectados no obtuvieron ningún provecho de su abstención respecto al mercado alemán meridional, se podría dudar que hubiesen actuado en concertación con sus competidores.

Pero me parece que la contraprestación, sin duda, existe en el presente caso y es cuantiosa: se trata del «abandono» del Sarre a los intereses azucareros franceses.

Es preciso aclarar lo que se entiende por «contraprestación» y por «abandono»: este «trueque» no necesitó en absoluto ser objeto de un acuerdo expreso, puesto que se derivaba, por así decir, de los datos básicos y bastaba con mantener tácitamente el comportamiento anterior. Ello no impide que dicho elemento desempeñara un papel determinante en la práctica concertada.

Desde el final de la última guerra (antes del referéndum sobre el Sarre), este Land se abasteció de azúcar de origen francés. Más tarde, esta situación de hecho quedó oficializada con el Tratado entre Francia y el Sarre que establecía, hasta el 31 de diciembre de 1959, una unión monetaria y aduanera entre Francia y el Sarre y que, incluso después de esta fecha, suponía la importación en el Sarre, con franquicia de derechos de aduana, de determinados productos originarios y procedentes de la zona del franco, hasta el límite de los contingentes comprendidos en una lista llamada «lista A», en la que figuraba el azúcar. Así es como, un año con otro, se vendían en el Sarre 35.000 toneladas de azúcar blanco francés.

Al suprimirse los últimos derechos de aduana (1 de julio de 1968) y entrar en vigor el Reglamento nº 1009/67 (en la misma fecha), no había ninguna razón jurídica para mantener esta situación: el Sarre es una región clave de la República Federal de Alemania y de la Europa comunitaria y no se comprende por qué ha de eludir las normas del mercado común, salvo disposición especial expresa.

Ahora bien, esta situación no se modificó sensiblemente a raíz de la entrada en vigor de la organización comunitaria; aunque se suprimieron todo derecho de aduana y todo contingente entre los Estados miembros (artículo 35 del Reglamento) y aunque no existe ningún acuerdo como el que rige los intercambios entre Berlín Oeste y la República Democrática Alemana, sigue dirigiéndose al Sarre aproximadamente el mismo tonelaje de azúcar blanco francés, unas 30.000 toneladas.

No obstante, un vestigio de esta situación se halla en el hecho de que el Sarre no se incluyó en ninguno de los territorios de venta creados por los productores alemanes, si bien sólo se trata de una particularidad que se deriva de un acuerdo contractual: la distribución en zonas de venta antes de que se firmara el Tratado entre Francia y el

Sarre, pieza esencial de la organización nacional de mercado en la República Federal de Alemania, hubo de tener en cuenta la particular situación del Sarre. Por otra parte, parece que no hay en el Sarre ninguna fábrica de azúcar ni refinería.

Sin embargo, las cosas habrían podido cambiar después del 1 de julio de 1968: por un lado, las fábricas alemanas más cercanas (las de Süddeutsche Zucker AG: Worms, a unos 100 km, Obrigheim, Waghäusel; la de Pfeifer & Langen: Euskirchen) estaban bien situadas para «reconquistar el mercado del Sarre» (ya que las principales empresas de la zona más excedentaria de la Comunidad se situaban a cerca de 350 km: Reims, Soissons, Lille), salvo que allí no controlaban la red comercial en la misma medida que en el resto de Alemania meridional.

Por otro, no se excluía que las fábricas francesas pudieran incrementar aún su mercado en la parte meridional de Alemania, teniendo en cuenta sus excedentes y las condiciones ventajosas en materia de gastos de transporte.

Esto es lo que se desprende de un cruce de correspondencia de 27 de junio de 1968 entre un comerciante del Sarre y un cliente alemán domiciliado cerca del Sarre y a quien inicialmente dicho comerciante -teniendo en cuenta la próxima entrada en vigor de la normativa comunitaria- estaba dispuesto a servir. Pero el 6 de agosto de 1968 hizo saber a dicho cliente que «la industria azucarera alemana ha insistido, durante las negociaciones permanentes que se celebran en París, ante los proveedores franceses, para que éstos se muestren reservados en sus suministros al mercado alemán que transitan por el Sarre hacia el resto de la República Federal de Alemania».

Naturalmente, la Comisión no reprocha a Béghin y a Süddeutsche Zucker AG haberse concertado para mantener la situación anterior en el Sarre, porque también se trataba en su caso de intercambios intracomunitarios que iban enteramente en la dirección perseguida por la organización común de mercado.

Aunque pienso que no se puede prescindir de este elemento que, por otra parte, se trasluce en el conjunto de la Decisión.

Parece, además, que las cosas evolucionaron un poco: a una lenta «reconquista» del mercado del Sarre, por las empresas alemanas más próximas correspondió una lenta penetración de las empresas francesas más allá del Sarre, en la parte meridional de Alemania. Las empresas alemanas y francesas quisieron al menos que este reajuste se hiciese debidamente, a través de suministros de productor a productor y limitando los perjuicios, a semejanza de lo sucedido entre Raffinerie Tirlemontoise y Pfeifer & Langen: si al sur de Alemania debía llegar azúcar francés, al menos sólo debía hacerlo por el canal de productor a productor, en forma de azúcar terciado, a un precio realmente interesante para los compradores alemanes, que les dejaba el beneficio del refino y, sobre todo, este azúcar suponía otro tanto azúcar blanco que no sería co-

mercializado al margen de los circuitos controlados por el importador. No habría sido absurdo económicamente para Béghin hacer refinar el azúcar de Sillery (Reims) en Thumeries (Lille) cobrando el margen de refino, ya que las refinerías del sur de Alemania estaban bastante alejadas y el paso de una frontera nunca facilita las operaciones de transporte. Además, ¿no sucedía lo mismo en el caso del azúcar blanco suministrado en el Sarre o en Italia? Una distancia de 100 km más no habría sido un obstáculo insuperable para las empresas francesas.

Las empresas interesadas esencialmente en esta concertación eran, por un lado, Süddeutsche Zucker AG (y su filial Franken), que es la empresa alemana más importante; por otro, Béghin, que es uno de los productores franceses más importantes. Ahora bien, los suministros de azúcar terciado controvertidos se realizaron precisamente entre ellas y, accesoriamente, con la participación de la sociedad comercial Sucre-Union. Por otra parte, éstas eran las empresas más interesadas en el Sarre, tanto por su posición geográfica como por su potencial de producción.

Ahora bien, si se comparan las ventas francesas en el mercado «libre» de esta región en la que los precios se mantienen en torno al precio indicativo –prescindiendo de los tonelajes suministrados en el Sarre para su desnaturalización– con el conjunto de las necesidades de esta misma región, se comprueba que no adquirieron una importancia destacable, mientras que las importaciones de azúcar blanco y de azúcar terciado a Süddeutsche Zucker AG y a su filial Franken (suministros de productor a productor) fueron incrementándose. Es este aspecto lo que censura la Comisión.

Aparte del hecho de que, fuera del Sarre, la corriente más importante de importaciones en la parte meridional de la República Federal de Alemania sólo adoptó la forma de suministros de productor a productor, la protección de esta región se completó de modo eficaz al otro extremo de la cadena, por así decir, mediante el sistema de descuentos por fidelidad y mediante los contratos de agencia aplicados por Südzucker Verkauf, encargada de la comercialización de los azúcares de Süddeutsche Zucker AG y de Franken.

Poseemos distintos documentos reveladores a este respecto.

Una carta de un mayorista del sur de la República Federal de Alemania, de 18 de abril de 1972:

«Les comunicamos que desgraciadamente se nos ha comunicado por carta de Süddeutsche Zucker AG que no recibiremos el descuento por fidelidad correspondiente a la pasada campaña».

Un télex de uno de los pocos comerciantes independientes del sur de la República Federal de Alemania a Sucre-Union, de 23

de agosto de 1971, que cita la estipulación controvertida de los contratos de Südzucker Verkauf, y una carta de este mismo importador a Sucre-Union, de 29 de septiembre de 1971:

«La empresa (casa comercial del sur de la República Federal de Alemania) me ha hecho saber que Süddeutsche Zucker AG ha planteado reservas a raíz de la compra de azúcar blanco en Francia. La empresa corría el riesgo de no conseguir el descuento por fidelidad anual. Al renovar el contrato con Süddeutsche Zucker AG, dicha empresa recibió el descuento anual por fidelidad, a condición de renunciar en el futuro a comprar azúcar a otros vendedores y procedente de Francia.»

Este comerciante tuvo dificultades con sus proveedores, pero su correspondencia, a la luz de estos elementos diferentes, me parece constituir un indicio serio.

Me parece, por tanto, que se ha probado la práctica concertada.

Resta por examinar, a propósito de esta «imputación», determinados motivos de forma que invocan las demandantes.

En primer lugar, una infracción del artículo 4 del Reglamento nº 99/63: según Süddeutsche Zucker AG, el pliego de cargos no tuvo en cuenta el interés que presentaban las importaciones de azúcar comunitario en Alemania meridional. Me parece, por el contrario, que se trata de una idea que está en la base misma tanto del pliego de cargos como de la Decisión.

En segundo lugar, la misma demandante subraya que la parte dispositiva de la Decisión le imputa una práctica concertada con Sucre-Union respecto a las campañas 1970/1971 y 1971/1972 cuando, en la motivación, la Decisión no menciona compras de Süddeutsche Zucker AG a Sucre-Union durante la primera de dichas campañas: sólo en el escrito de contestación se menciona una entrega de 4.600 toneladas de azúcar blanco de Sucre-Union a una filial de Süddeutsche Zucker AG durante dicha campaña.

Me parece que esta crítica no tiene consecuencias apreciables: lo que se reprocha a la demandante alemana es esencialmente una práctica concertada con Béghin y, por otra parte, la Comisión renunció a sancionar a Sucre-Union. No procede examinar más a fondo el comportamiento de esta última empresa que no fue sancionada con una multa y que no interpuso recurso. Además Sucre-Union no es productor, lo que explica que pudiera tener una estrategia a veces diferente de la de Béghin.

Según Süddeutsche Zucker AG y Béghin, el pliego de cargos no precisaba el productor a quien se refería el reproche de no haber vendido azúcar blanco en Alemania meridional ni las empresas con quienes Süddeutsche Zucker AG se habría concertado. Sólo en la Decisión se indican los suministros y los productores censurados.

Como ya he afirmado al realizar el examen de los motivos generales de forma, me parece que ni Béghin ni Süddeutsche Zucker AG podían equivocarse sobre el alcance de la imputación que la Comisión se proponía formular contra ellas; por lo demás, definieron su postura sobre este punto durante el procedimiento administrativo.

4. Debo tratar ahora la imputación del abuso de posición dominante que se reprocha Südzucker Verkauf a partir de la campaña 1968/1969, por haber impedido a sus intermediarios revender azúcar que no proviniera de sus miembros y por haber vinculado a sus clientes mediante la concesión de descuentos por fidelidad.

Recuérdese que, el 24 de marzo de 1969, el Bundeskartellamt dirigió a Südzucker Verkauf, la demandante de que se trata, un cuestionario relativo fundamentalmente a los «descuentos por fidelidad» que concedía a sus clientes y a los contratos que celebraba con sus agentes comerciales. El 8 de julio de 1971, el Bundeskartellamt hizo saber a esta entidad comercializadora que había archivado el procedimiento que la afectaba.

Según el informe de actividades del mismo Bundeskartellamt correspondiente al año 1969, los sectores de la industria de transformación del azúcar y del comercio de productos alimenticios se quejaron de que, después de la entrada en vigor de la organización del mercado comunitario del azúcar y, en particular, después de la consiguiente adopción del precio franco fábrica, algunas empresas productoras de azúcar ocupaban una posición dominante en determinadas regiones a causa del coste del transporte. «Incluso en las regiones excedentarias en que se concentra el cultivo de la remolacha y donde están situadas fábricas de azúcar que pueden hacerse la competencia, la creación de organizaciones comunes de venta de azúcar redujo sustancialmente la competencia. Esta evolución dio lugar a la aparición de precios excesivos para el azúcar y de restricciones a la producción de azúcar de la categoría II, más barata, y en particular, a una falta de producción de azúcar de la categoría III. La sospecha así creada de que determinadas empresas productoras de azúcar ocupaban, a escala local, una posición dominante y abusaban de ella dio lugar a una investigación en profundidad. Esta *en parte confirmó y en parte reforzó* la presunta existencia de posiciones dominantes a escala regional. Sin embargo, la sospecha de que los precios del azúcar se habían fijado en un nivel abusivo no se confirmó. No se encontraron indicios suficientes para demostrar la existencia de una reducción premeditada de la producción de azúcar, más barato, de la categoría II».

«El Bundeskartellamt», prosigue el informe, «basándose en las indicaciones procedentes del comercio al por menor, incoó el procedimiento previsto en el artículo 22 de la GWB en contra de los mayoristas de azúcar de determinadas regiones de la República Federal. Se entiende que dichas empresas

ocupan una posición dominante en su territorio de venta. Los minoristas se quejaron de que los mayoristas sólo vendían azúcar más barato, de la categoría básica, si al mismo tiempo se les compraba azúcar refinado, más caro. La investigación mostró que, a causa de errores de estimación de las necesidades y por dificultades de abastecimiento, las cantidades de las variedades básicas disponibles escaseaban entre algunos fabricantes y que sólo se efectuaron suministros reducidos. Los mayoristas afectados, por consiguiente, tuvieron que proceder a una contingentación». Sin embargo, también en este caso se archivaron los procedimientos incoados.

La Comisión estima que la obligación impuesta por dicha entidad comercializadora a sus diecisiete agentes comerciales de no vender sin su consentimiento azúcar procedente de productores distintos de sus miembros restringió la libertad de intercambios entre los Estados miembros, pues impedía a los comerciantes libres abastecer a los usuarios industriales, especialmente de azúcar comunitario importado. Además, esta obligación iba acompañada de la concesión de descuentos por fidelidad a sus clientes, sistema colectivo de descuentos cuyo porcentaje dependía exclusivamente de las compras totales efectuadas a los productores asociados. Para no perder la ventaja de este descuento, los compradores debían, por tanto, concentrar sus pedidos en los productores alemanes: la pérdida del descuento por fidelidad entrañaba una desventaja que suponía algo más que anular la ventaja que habría conllevado la compra de azúcar de procedencia extranjera.

Me parece efectivamente que Südzucker Verkauf utilizó su posición dominante a escala regional para imponer estos contratos de distribución a sus revendedores y estos descuentos por fidelidad, y que esta práctica está comprendida en la definición del artículo 86: «imponer [...] precios [...] u otras condiciones de transacción no equitativas», «aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes», y constituye por tanto una infracción de dicha disposición.

La demandante afirma que estos contratos de distribución y descuentos contractuales, en sí mismos y considerados aisladamente, no tenían que ser notificados a la Comisión, por cuanto que en ellos sólo participaban empresas de un solo Estado miembro y que no afectaban ni a la importación ni a la exportación entre Estados miembros (punto 1 del apartado 2 del artículo 4 del Reglamento nº 17).

Este último punto resulta dudoso a la luz de la sentencia del Tribunal de Justicia LTM (← Rec. 1966, p. 337), relativa a los contratos de exclusiva.

Pero de ahí a concluir que no se puede imponer una multa por actuaciones relacionadas con estos contratos o cláusulas contractuales hay una diferencia. El abuso que la Comisión comprobó y sancionó se refiere al sistema que la demandante adoptó para comercializar la producción de sus miembros, incluido el azúcar comprado por éstos a los productores franceses, en relación con la práctica concertada de Süddeutsche

Zucker AG relativa a los suministros de azúcar francés.

Esta práctica «afectó a una estructura de competencia efectiva» como la mencionada en la letra f) del artículo 3 del Tratado, según la citada sentencia del Tribunal de Justicia Continental Can (↔ Rec. 1973, p. 244), y entra por ello en el concepto de «explotación abusiva».

No solamente podía «afectar al comercio entre Estados miembros» o, en los términos de la citada sentencia Grundig de este Tribunal de Justicia (↔ Rec. 1966, p. 495), «menoscabar, directa o indirectamente, real o potencialmente, la libertad de comercio entre Estados miembros, en un sentido que pueda entorpecer el logro de los objetivos de un mercado [común] único entre Estados», sino que produjo estos efectos, tal como lo atestiguan los documentos que he citado a propósito de la imputación de concertación en el mercado de Alemania meridional.

Sin embargo, en relación con esta imputación, se plantea, como se ha dicho, un problema de imputabilidad y de calificación.

En su pliego de cargos la Comisión apreció las medidas impuestas por Südzucker Verkauf y Süddeutsche Zucker AG a sus clientes sobre la base tanto del artículo 85 como del 86:

- Tenía previsto considerar que la obligación que se contiene en los diversos contratos de distribución de Südzucker Verkauf de comercializar sólo azúcar suministrado por dicha entidad comercializadora o por sus miembros, y sólo contando con su acuerdo, incurría en la prohibición del artículo 85.

- Tenía asimismo previsto considerar que el sistema de representación comercial aplicado por Süddeutsche Zucker AG y Südzucker Verkauf demostraba la explotación abusiva de una posición dominante (artículo 86). Por último, también desde la perspectiva del artículo 86, tenía previsto considerar que la concesión por parte de Südzucker Verkauf a sus clientes de un descuento cuantitativo anual constituía también una explotación abusiva de la posición dominante de Süddeutsche Zucker AG.

Por su parte, la Decisión declara, en su parte dispositiva, que durante la campaña 1970/1971 se produjo una práctica concertada con arreglo al apartado 1 del artículo 85, entre Süddeutsche Zucker AG (que ejerce una influencia preponderante en el seno de Südzucker Verkauf) y Franken por un lado, y Béghin y Sucre-Union, por otro.

Declara además que existió, desde la campaña 1968/1969, una práctica abusiva con arreglo al artículo 86 por parte de Südzucker Verkauf, encargada de la comercialización del azúcar de Süddeutsche Zucker AG.

Recordando que este abuso se había advertido en el marco de la práctica concertada y por considerarse que, para determinar el importe de la multa, las dos infracciones que constituían estas prácticas debían apreciarse conjuntamente, la Decisión sancionó la primera de dichas infracciones con una multa de 700.000 unidades de cuenta y la segunda con una multa de 200.000 unidades de cuenta, la primera a cargo de Süddeutsche Zucker AG y la segunda a cargo de Südzucker Verkauf. Me parece, por tanto, que la Comisión tuvo la intención de sancionar a la sociedad Südzucker Verkauf al menos con arreglo al artículo 86, aunque no se excluye que quisiera también sancionarla con arreglo al artículo 85. Por lo menos así lo entendió dicha sociedad en su recurso.

Estas variantes apenas pueden sorprender: la frontera entre los ámbitos respectivos de los artículos 85 y 86 es indecisa; a menudo se trata de situaciones próximas que interesa tratar, en la medida de lo posible, de manera análoga; por lo demás, en numerosos casos estos dos artículos, que figuran en la misma sección (normas comunes sobre competencia aplicables a las empresas), pueden aplicarse al mismo tiempo.

El artículo 86 del Tratado se refiere a «la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo». Está claro que dicho texto supone una especie de vínculo entre las empresas que explotan de manera abusiva una posición dominante.

Este vínculo puede consistir, en primer lugar, en una práctica colusoria; se ha podido decir incluso que las prácticas colusorias más peligrosas son las que se dirigen al monopolio o a la posición dominante. En esta situación, extraordinariamente frecuente, se plantea un problema: de las dos disposiciones aplicables, los artículos 85 u 86, ¿debe aplicarse sólo la más rigurosa y cuál es ésta o bien, por el contrario, pueden aplicarse cumulativamente ambos artículos? Como no nos encontramos en el ámbito del Derecho penal, creo que es esta última solución la que debe acogerse.

Este vínculo puede también revestir la forma de relaciones estructurales: es el problema de las filiales, de los holdings y de las participaciones financieras, características de la evolución reciente.

En un grado menor de cohesión se encuentran los vínculos personales (interlocking directorships). En determinados países se entiende que una actitud común de determinado número de empresas puede llevar a considerar que ocupaban una posición dominante, al menos en lo relativo a la práctica que se les reprocha.

Me parece, por tanto, ocioso indagar si la Comisión quiso sancionar a Südzucker Verkauf exclusivamente por su participación en una práctica concertada o por un abuso de posición dominante; si fue una práctica concertada la que permitió un abuso de posición dominante o si fue dicha posición dominante la que permitió mante-

ner una compartimentación de los mercados, así como invocar en favor de la demandante unas veces la parte dispositiva y otras la motivación de la Decisión impugnada para que finalmente eluda toda condena.

Es un sofisma afirmar que, como la parte dispositiva no menciona a Südzucker Verkauf a propósito de la práctica concertada, mientras que la motivación se refiere efectivamente a dicha entidad comercializadora en relación con dicha práctica, y que, dado que en su dúplica la Comisión dijo que Südzucker Verkauf no tuvo en cuenta que la multa se le impuso no a causa del abuso señalado en la parte dispositiva sino por la práctica concertada, estas variaciones deberían llevar a pensar que en realidad la Comisión pretendía dejar sin sanción la infracción del artículo 86: la parte dispositiva me parece perfectamente clara y no hay necesidad de interpretarla a la luz de explicaciones posteriores.

Tanto más cuanto que es menester pronunciarse de todos modos sobre el artículo 2 de la Decisión, que ordena a Südzucker Verkauf, en lo que la afecta, poner fin inmediatamente a la infracción a ella imputada (art. 1) y cuya anulación solicita.

Sería paradójico interpretar los artículos 85 y 86 en sentidos contradictorios, dado que dichas disposiciones constituyen la ejecución de un mismo objetivo (véase la citada sentencia Continental Can, p. 247), y que las empresas pudieran en cierto modo disfrutar de una «no man's land» o ampararse en otra calificación o en una cuestión de imputabilidad para burlar el Tratado: en el fondo, Süddeutsche Zucker AG y Südzucker Verkauf son responsables solidarias.

Ello contrariaría la plena jurisdicción, que implica, para el Tribunal de Justicia, el poder y el deber de llevar sus investigaciones más allá de la mera legalidad: este Tribunal no juzga solamente la Decisión, sino el asunto en todos sus elementos.

Lo que hay que evitar es que una empresa sea sancionada dos veces por una misma infracción, pero también que, debido a una riña terminológica, una infracción eluda finalmente toda sanción por el hecho de haberla cometido varias empresas.

IX. *Concertación relativa a las licitaciones para las restituciones por azúcar comunitario exportado a países terceros*

He concluido el examen de todas las imputaciones de prácticas concertadas dirigidas a compartimentar y proteger los mercados nacionales o regionales en el interior de la Comunidad, así como a las utilizaciones abusivas de posiciones dominantes que se achacan a algunas de las empresas demandantes.

Antes de extraer las consecuencias de este estudio respecto a las multas impuestas,

queda por investigar si y, en su caso, en qué medida la Comisión tenía razón para formular una nueva imputación contra Raffinerie Tirlemontoise, por una parte, y contra los tres productores franceses, Générale sucrière, Say y Béghin, y la empresa de comercialización Sucres & Denrées, por otra, respecto a las exportaciones de azúcar a países terceros. Añadiré que otras dos empresas francesas, Lebaudy-Suc y Sucre-Union, a quienes también se refiere esta imputación, no recurrieron ante el Tribunal de Justicia.

Para permitir que una parte de los excedentes de la producción comunitaria se exportase a países terceros al precio del mercado mundial, por aquel entonces notablemente inferior a los precios comunitarios, y con el fin de defender ciertas corrientes de intercambios tradicionales, el Reglamento nº 1009/67 estableció una ayuda a la exportación en forma de restituciones. Las disposiciones generales que regulan este sistema se contienen en el Reglamento (CEE) nº 766/68 del Consejo, de 18 de junio de 1968, por el que se establecen las normas generales relativas a la concesión de restituciones a la exportación de azúcar (DO L 143, p. 6; EE 03/02, p. 136).

Dicho texto, que entró en vigor al mismo tiempo que el Reglamento nº 1009/67, estableció dos regímenes distintos para fijar la restitución. Por una parte, y con arreglo al artículo 2, el de la fijación periódica de las restituciones cada dos semanas, que fue aplicado inmediatamente; por otra, el de la fijación mediante licitación, que sólo se empleó a partir de la segunda campaña azucarera de 1969/1970.

El procedimiento de las licitaciones, previsto en el artículo 4 del Reglamento nº 766/68, en cierto modo se convirtió después en el régimen general de la concesión de restituciones, por más que continuase funcionando paralelamente la fijación periódica, si bien con restituciones generalmente de menor entidad.

Las licitaciones se refieren al importe de la restitución que debe concederse, de manera que las empresas compiten unas con otras y han de presentar sus ofertas en un determinado plazo, resultando adjudicatorias las que proponen el tipo menos elevado de restitución en relación con el importe máximo fijado por la Comisión, previa consulta del Comité de gestión.

En el marco de este régimen, según la Decisión impugnada, en el año 1970 las empresas afectadas se concertaron sobre las ofertas que debían presentar, tanto en lo que se refiere a las cantidades de azúcar que se proponían exportar como al importe de la restitución. De este modo -según la Decisión- falsearon la competencia que, en circunstancias normales, habría debido existir entre las ofertas individuales y autónomas de cada empresa participante en las licitaciones.

Aunque esta concertación se refirió a la exportación de azúcar a países terceros, podía afectar al comercio entre los Estados

miembros, por una parte, al referirse a azúcar producido en el mercado común y, por otra, al tener la consecuencia de permitir a los autores de las prácticas concertadas modificar de este modo las cantidades de azúcar que, de no haber concertación, cada uno de ellos habría debido comercializar en el mercado comunitario.

Al tratarse, en hipótesis, de productores que tenían excedentes importantes, o de sus intermediarios para la comercialización, estas empresas se habrían visto obligadas a colocar dichos excedentes fuera de su mercado nacional, en otros Estados miembros.

De esta forma, la concertación entre los participantes en las licitaciones, al eliminar cualquier incertidumbre respecto a la posibilidad de exportar en determinadas condiciones, enlazaba con el plan de acción común de los productores encaminado a proteger determinados mercados nacionales.

Esta es, básicamente, la tesis de la Comisión, cuyo análisis exige examinar seguidamente las pruebas de la existencia de la concertación alegada y, en caso afirmativo, su influencia en el comercio intracomunitario y el juego de la competencia, teniendo en cuenta las condiciones en que se organizaban las licitaciones de las restituciones y las facultades de que disponía en este terreno la Comisión, tanto para controlar y limitar las cantidades de azúcar destinadas a la exportación como para determinar las condiciones económicas de las exportaciones fijando el importe máximo de la restitución.

Es obligado responder afirmativamente a la primera cuestión.

Las pruebas de la concertación se derivan, en primer lugar, de documentos de carácter general, que pueden aclarar al Tribunal de Justicia los objetivos de los productores; en segundo lugar, de la correspondencia y los télex cruzados entre algunas de las demandantes y sus intermediarios comerciales, especialmente Raffinerie Tirlemontoise y Export respecto a las propias licitaciones; por último, de los elementos de hecho expuestos por la Comisión, que demuestran la identidad o la gran proximidad de las ofertas presentadas por las demandantes en lo relativo al importe de la restitución que proponían.

Con carácter general, hay que recordar que, desde la aplicación de la organización común de mercado, los productores europeos dedujeron de la normativa comunitaria la consecuencia de que debían distinguirse dos mercados: el del consumo humano en el interior de la Comunidad y el de los excedentes destinados a la desnaturalización o a la exportación a países terceros, y consideraron equitativo que cada uno de ellos obtuviese unos ingresos medios iguales, resultantes de ponderar los tonelajes que debían comercializarse en el mercado del consumo y los destinados a la desnaturalización o la exportación.

Desde ese momento existía el germen de la concertación para la exportación.

Esta última se confirma, especialmente, por una nota de la empresa Export de 17 de febrero de 1970. Este documento menciona expresamente las reuniones periódicas, anteriores a las licitaciones, en las que estuvieron representados los productores franceses inculpados y la sociedad Sucres & Denrées, mientras que Raffinerie Tirlemontoise, a causa de la distancia, se mantuvo en contacto telefónico con sus socios.

Consta cuál era el objeto de estas reuniones: se trataba de conversar sobre «el nivel general de las restituciones» y «el tonelaje respecto del cual licitará cada uno de los miembros, llegándose a una eventual conciliación durante conversaciones multilaterales».

Por más que éste sea un documento interno, es tanto más significativo que Export se ajustase a la política seguida por los productores, después de haber presentado en las primeras licitaciones del año 1970, al igual que la sociedad Hottlet y algunos comisionistas franceses, ofertas de restituciones a un nivel particularmente bajo y obtenido así certificados de exportación para tonelajes importantes.

Esta política se definió expresamente en un télex de Raffinerie Tirlemontoise a Export de 23 de julio de 1970, en el sentido de estar orientada «a la supresión de la competencia en las restituciones, de manera que todo productor tenga garantizado como mínimo el precio de intervención» y, por consiguiente, «a la supresión de la lucha por colocar cantidades en el mercado interior, en el que hay seguridad sobre el precio y no sobre si se debe exportar».

Presionada por Raffinerie Tirlemontoise, Export ya había deducido las consecuencias de esta concertación entre los productores y se había sumado a ella, como lo muestra la nota de su presidente de 25 de marzo de 1970 relativa a las reuniones de París.

Los otros documentos aportados por la Comisión confirman la existencia de la concertación, que por lo demás las demandantes no niegan seriamente. Se esfuerzan en minimizar su alcance, alegando que se trataba únicamente, según unas, de meros intercambios de información y, según otras, de contactos intermitentes realizados licitación por licitación.

A la luz de los documentos aportados a los autos, no pueden aceptarse estas alegaciones.

No sólo se desprende de ellos la voluntad común de los demandantes de eliminar entre ellas toda competencia en las licitaciones, sino que se puede hablar de un verdadero plan de acción común cuya ejecución se confirma por el resultado de las licitaciones convocadas en 1970 o, al menos, de la mayoría de ellas.

Si bien, en las seis primeras de estas operaciones, los intentos de las demandantes de obtener restituciones de cuantía relativamente elevada fracasaron como consecuencia de las ofertas más bajas de las empresas belgas Export y Hottlet, así como de comisionistas franceses, lo cierto es que las ofertas del grupo de productores habían sido cuidadosamente coordinadas y se situaban a un nivel casi idéntico.

Luego, a partir de abril de 1970, cabe advertir que estos productores ganaron licitaciones relativas a cantidades importantes, en condiciones que muestran claramente que se esforzaron por repartirse los tonelajes destinados a la exportación mediante una armonización de sus respectivas ofertas que a menudo reducía a escasos céntimos la diferencia entre ellas.

Como los hechos quedaron materialmente demostrados, resta por averiguar si el acuerdo podía afectar al comercio entre los Estados miembros y si tiene por objeto o efecto falsear el juego de la competencia dentro del mercado común.

Aunque el Tribunal de Justicia hasta ahora no ha tenido ocasión de pronunciarse, en el marco del apartado 1 del artículo 85, sobre prácticas colusorias relativas exclusivamente a la exportación de productos a países terceros, ha admitido que no es necesario que los acuerdos o prácticas concertadas se refieran estrictamente a intercambios entre Estados miembros para que se apliquen eventualmente las prohibiciones impuestas en dicha disposición. Por otra parte, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el único fin de este concepto consiste en delimitar las respectivas competencias de las Instituciones comunitarias y las de las autoridades nacionales. Basta pues, en cualquier caso, que el acuerdo o las prácticas de que se trate hayan podido tener incidencia en el comercio entre los Estados miembros, aunque tal incidencia sea indirecta.

Añadiré que, en el ámbito del artículo 86, cuya aplicación implica que se reúna ese mismo requisito, el Tribunal de Justicia declaró expresamente en la sentencia de 6 de marzo de 1974, Commercial Solvents/Comisión (asuntos acumulados 6/73 y 7/73,← Rec. p. 223), que no se puede interpretar el concepto de afectar al comercio intracomunitario «de forma que restrinja el ámbito de aplicación de dicha prohibición exclusivamente a las actividades industriales y comerciales que tengan por objeto el suministro de los Estados miembros» y que, por tanto, procede «considerar todas las consecuencias que el comportamiento censurado tiene para la *estructura de la competencia* en el mercado común, sin distinguir entre las producciones destinadas a la comercialización dentro del mercado común y las destinadas a la exportación».

Este razonamiento sirve, *mutatis mutandis,* para la aplicación del apartado 1 del artículo 85. Por otra parte, lo que la Comisión censura no es el hecho de que el volumen global de las exportaciones a países terceros

pudiera incrementarse mediante la concertación de los productores y que, por consiguiente, disminuyesen las cantidades disponibles para los intercambios comunitarios. Lo decisivo es el perjuicio que ello produjo en la *estructura de la competencia* dentro del mercado común.

La parte demandada estima, por tanto, que hay un nexo de causalidad, al menos indirecto, entre las prácticas concertadas y el juego de la competencia, en la medida en que tales prácticas tenían por objeto o efecto eliminar, en beneficio de las empresas, cualquier incertidumbre respecto a sus exportaciones fuera de la Comunidad, poniéndolas así en situación de evitar la obligación que tendrían, a falta de dicha concertación, de comercializar o intentar comercializar al menos una parte de sus excedentes en el mercado interior de la Comunidad, en condiciones competitivas.

Así es como se plantea el problema, lo que conducirá a desestimar dos de los motivos invocados por las demandantes.

El primero se refiere a que la Comisión, para afirmar que se obstaculizó la competencia en el mercado común, se basa -según las demandantes- en que las licitaciones permitían la exportación de azúcar *producido en el territorio del mercado común.*

Las demandantes afirman que este motivo es insuficiente y, además, jurídicamente erróneo, ya que el lugar de producción no incide, en principio, en la aplicación del artículo 85.

Mediante un segundo motivo, Raffinerie Tirlemontoise afirma, por su parte, que la concertación no se refería al mercado del azúcar sino a las licitaciones de las restituciones, es decir, únicamente a las condiciones de concesión de las licencias de exportación.

Deben desestimarse estos dos motivos por las mismas consideraciones.

En primer lugar, si bien es cierto que la Decisión impugnada manifiesta que, en lo que respecta a las licitaciones referidas a la exportación de azúcar a países terceros, «procede considerar que permiten la exportación de azúcar producido dentro de la Comunidad», ello no constituye más que una apreciación de hecho que trata de precisar que las licitaciones no eran sino el medio, el procedimiento necesario para llegar a conseguir la autorización de la exportación del producto de que se trata.

En respuesta a las alegaciones de Raffinerie Tirlemontoise, no cabe duda, por tanto, que la concertación sobre las licitaciones se refería, a través de ellas, al propio mercado del azúcar.

Las demandantes tratan entonces de demostrar que, en todo caso, en el marco del procedimiento de las licitaciones, la Comi-

sión dispone de unas facultades tan amplias y rigurosas que, en definitiva, controlaba totalmente las exportaciones, de manera que podía evitar que su volumen perturbara la competencia dentro del mercado común y pudiera afectar al comercio entre los Estados miembros.

Las demandantes pretenden concluir, partiendo de estas premisas, que incluso si se admite la realidad y el objeto de la concertación que se les imputa, estaba en la mano de la Comisión evitar que tales prácticas pudiesen tener el menor efecto perjudicial.

Esta tesis es en apariencia seductora, pues es cierto que la normativa comunitaria atribuye a la Comisión prerrogativas que, teniendo en cuenta la situación del mercado interior, le permiten actuar eficazmente tanto sobre el volumen global de las exportaciones fuera de la Comunidad como sobre el importe de las restituciones, teniendo en cuenta que existen medios, distintos de las exportaciones, para dar salida a los excedentes netos de la producción comunitaria de azúcar a través del mecanismo de la desnaturalización

Sin embargo, no creo que esta alegación sea fundada, ya que las potestades atribuidas a la Comisión no le permiten contrarrestar ni una concertación del tipo de la empleada por las demandantes ni su objeto, que era asegurar que dichas empresas, y no otras, consiguieran licencias de exportación sobre el total o parte de las cantidades sacadas a licitación.

La razón de ser de las prácticas concertadas era, como se ha dicho, permitir la sustitución de las empresas en función del nivel de sus excedentes disponibles, de forma que los mercados nacionales o algunos de ellos no quedasen sujetos a una competencia que los productores, con la fórmula «cada uno a su casa», intentaron reducir todo lo posible, si no excluir por completo.

¿Cuáles son, en efecto, los medios jurídicos de que disponía la Comisión en este ámbito? De los dos sistemas establecidos por el Reglamento nº 766/68, el de la determinación periódica de las restituciones no le atribuía la facultad de controlar eficazmente los tonelajes destinados a la exportación. Así pues, la Comisión se vio obligada a neutralizar en cierto modo este sistema, fijando el importe de las restituciones determinadas de antemano a un nivel particularmente bajo.

Prefirió acudir al procedimiento de las licitaciones, permanentes o parciales, porque consideraba que la fijación anticipada era demasiado onerosa para el Fondo Europeo de Orientación y Garantía Agrícola, y que ejercía una influencia desfavorable en las cotizaciones mundiales.

El régimen de las licitaciones, en cambio, ponía a disposición de la Comisión algunos medios de actuación:

- es ella quien decide la frecuencia, el ritmo de las licitaciones;

- puede determinar la cantidad máxima de azúcar que va a exportarse en el marco de cada licitación;

- fija el importe máximo de la restitución;

- puede así, si los aspectos económicos de las exportaciones contempladas lo justifican, declarar desierta una determinada licitación;

- por último, tiene la posibilidad de suspender las licitaciones permanentes.

Por lo que se refiere a las empresas, para acudir a una licitación, necesitan presentar en un plazo determinado ofertas sobre las cantidades que se comprometen a exportar y sobre el importe de la restitución ofrecida. Ahora bien, las facultades de la Comisión a este respecto son limitadas, puesto que debe resultar adjudicatorio todo licitador cuya oferta no supere el importe máximo de restitución fijado por la Comisión, estableciéndose que la adjudicación da derecho a recibir un certificado de exportación que indica el importe de restitución ofrecido.

Además, un sistema de distribución de la cantidad de azúcar a que se refiere la licitación entre los licitadores, en función de los importes de restitución ofrecidos y partiendo del tipo menos elevado, permite conseguir que se agote dicha cantidad.

Por último, cuando, como sucedió la mayor parte de las veces, varios licitadores ofrecen importes de restitución inferiores al techo determinado en el marco de una licitación, cada uno de ellos obtiene el derecho a exportar en función de su oferta, comenzando por la más baja, hasta que se agote la cantidad máxima de azúcar para la exportación objeto de la licitación.

Si varias ofertas con el mismo importe de restitución representan, en total, una cantidad superior a la cantidad máxima, sólo pueden considerarse a prorrata de la cantidad ofrecida por cada uno de los licitadores.

El resultado de esta compleja normativa es que las facultades, en verdad no desdeñables, que se reconocen a la Comisión le permiten, sin duda, controlar y, en su caso, limitar en función de la situación del mercado comunitario, por un lado, y de la coyuntura del mercado mundial, por otro, la cantidad global de azúcar producido dentro de la Comunidad que se destina a la exportación a países terceros. Igualmente, respecto al importe máximo de la restitución, puede también, en cierta medida, limitar las exportaciones. Por fin, le queda aún la posibilidad de declarar desierta una licitación cuando las ofertas de restitución le parezcan demasiado elevadas.

Ahora bien, si bien los distintos medios mencionados permitían una orientación general y un control de las exportaciones durante toda una campaña, no permitían oponerse a la concertación de los licitadores puesto que, en el marco de cada licitación, la Comisión estaba legalmente obligada, en las condiciones que acabo de describir, a resolver la adjudicación en favor de quienes propusieran un importe de restitución igual

o inferior al importe máximo fijado por ella misma. En estas circunstancias la Comisión no tenía más solución que suspender pura y simplemente las licitaciones. Hay que reconocer que el uso de un medio tan radical habría bloqueado la corriente de las exportaciones de haberse aplicado sistemáticamente.

Es también lícito pensar que la Comisión no pudo detectar la concertación hasta después de haber estudiado y contrastado los resultados de un número relativamente importante de licitaciones. Sólo podía, pues, reaccionar con cierto retraso. A este respecto, es significativo que las prácticas concertadas sólo se aplicasen durante el año 1970.

Debe asimismo responder a la alegación formulada por Raffinerie Tirlemontoise contra el sistema de licitaciones, cuyo objetivo era reducir el importe de la restitución y que, según dicha demandante, tuvo la consecuencia de obligar a las empresas a vender a un nivel inferior al precio de intervención. En la medida en que Raffinerie Tirlemontoise pretende, en primer lugar, cuestionar la legalidad de las normas reguladoras del procedimiento de licitación a la luz de los principios del Reglamento de base, me basta con recordar que el artículo 17 de este Reglamento, tras ofrecer la posibilidad de cubrir la diferencia entre las cotizaciones del mercado mundial y los precios comunitarios mediante restituciones a la exportación, estableció expresamente en su apartado 3 que dichas restituciones se podrían conceder por el procedimiento de licitación y, en este terreno, atribuyó competencias al Consejo para adoptar sus normas generales en el marco de una facultad de apreciación muy discrecional. El mismo concepto de licitación suponía que se organizase una competencia entre los licitadores en función de los importes de restitución ofrecidos.

En segundo lugar, el precio de intervención no es un precio garantizado más que en la medida en que los productores acudan efectivamente a los organismos de intervención, lo que podían hacer. Ahora bien, como se ha visto, en general se negaron a hacerlo. Es éste el caso, especialmente, de Raffinerie Tirlemontoise.

Por lo tanto, ningún principio del Reglamento de base exigía que el importe de la restitución otorgada permitiera exportar, en todos los casos, a un nivel por lo menos igual al del precio de intervención.

Resta por dilucidar la cuestión de si la concertación imputada podía afectar de forma considerable al juego de la competencia dentro del mercado común, lo que explícita o implícitamente niegan las demandantes y, muy en especial, las Sociedades Béghin, Say y Générale sucrière.

Por otra parte, el Tribunal de Justicia instó a las partes a explicarse sobre este punto, solicitando a las empresas que precisaran las cantidades de azúcar blanco y de azúcar terciado que cada una de ellas había exportado durante el año 1970 y rogando a

la Comisión que indicara las cantidades globales de los mismos productos exportadas por otras empresas u organismos de la Comunidad.

Durante el procedimiento, esgrimiendo una demostración brillante, inspirada incluso en la teoría de conjuntos, se trató de convencer a este Tribunal, por una parte, de que el volumen de los intercambios dentro de la Comunidad se encontraba limitado en la práctica a la suma de los déficit de los Estados miembros importadores y, por otra, que la cantidad exportada por las demandantes a raíz de las licitaciones representaba sólo menos del 3 % de la producción total de azúcar de la Comunidad, cifrada, con respecto al año 1970, en 7 millones de toneladas.

No está en mi ánimo discutir las cifras alegadas, tanto si se trata de unas 175.000 toneladas como afirman las demandantes, como si son las 300.000 toneladas de que habla la Comisión. Sin embargo, lo que discuto es la pertinencia de la comparación entre las cantidades exportadas en el marco de la concertación y la producción comunitaria global.

Me parece más significativo, por uno lado, comparar, en primer lugar, las cantidades de azúcar que las demandantes pudieron exportar gracias a las licitaciones concertadas con la cantidad exportada globalmente en 1970 fuera de la Comunidad y, por otro, comparar estas cantidades con el volumen de los intercambios intracomunitarios.

La primera comparación basta para medir la amplitud de la concertación puesto que, del total de las cerca de 700.000 toneladas que se exportaron aquel año con destino a países terceros, las empresas concertadas suministraron entre un 25 % y un 45 %, según las estimaciones divergentes de las demandantes y de la Comisión.

Además, sólo deberían tenerse en cuenta las cantidades de azúcar exportadas en el marco de las licitaciones, es decir, unas 450.000 toneladas. Se advierte así que la parte que corresponde a las demandantes representa más de un tercio de este tonelaje, si se acepta la estimación de base, o incluso dos tercios, si se adopta la cifra indicada por la Comisión.

La segunda comparación muestra que, en relación con el volumen de los intercambios entre Estados miembros –a saber, algo menos de 800.000 toneladas– las cantidades que se exportaron de forma concertada a países terceros distan de ser désdeñables.

Hay que tener en cuenta el hecho de que este mercado intracomunitario era un mercado residual que, de no ser por la política de compartimentación de los mercados nacionales, habría debido ser muy sensible a la competencia de productores con excedentes en su poder.

Actuando de manera concertada para exportar al exterior, las demandantes sustituyeron a sabiendas por una cooperación práctica entre ellas los riesgos de la competencia y

cristalizaron situaciones adquiridas en detrimento de la libre circulación del azúcar en el mercado común.

Entiendo, pues, que la Comisión podía legítimamente imputarles una infracción del apartado 1 del artículo 85.

X. *Sanciones pecuniarias impuestas*

Puedo ahora tratar los problemas relativos a las sanciones pecuniarias impuestas por la Comisión.

A este respecto me parece oportuno, recordar los principios enunciados en el apartado 2 del artículo 15 del Reglamento nº 17, que se imponen a la Comisión cuando ejerce la facultad que le atribuye esta disposición de imponer multas a las empresas que hayan cometido infracciones de los artículos 85 y 86 del Tratado.

Este recordatorio me dará ocasión de responder a las alegaciones aducidas por algunas de las demandantes.

Como ya he tenido ocasión de decir, las sanciones pecuniarias establecidas por el Reglamento nº 17 no tienen carácter penal. Aun cuando el texto no lo afirmara expresamente, habría que admitirlo, como dijo el Abogado General Sr. Gand en sus conclusiones sobre la práctica colusoria internacional de la quinina, «ya que los Estados miembros no han delegado en la Comunidad ninguna competencia penal».

Según el Abogado General Sr. Roemer, las multas comunitarias son de la misma naturaleza que las multas administrativas previstas por la GWB, que pertenecen al ámbito de las infracciones administrativas.

En segundo lugar, la finalidad de estas sanciones es «tanto reprimir las conductas ilícitas como impedir su repetición».

De dicha finalidad ha deducido el Tribunal de Justicia que «a la competencia de la Comisión para imponer sanciones no le afecta en absoluto el hecho de que hayan cesado la conducta constitutiva de infracción y la posibilidad de que ésta produzca efectos perjudiciales» (sentencias de 15 de julio de 1970, «asunto de la quinina», 41/69– Rec. p. 661 y ss., especialmente p. 704). Por consiguiente, no cabe acoger el motivo basado en que las multas impuestas tuvieron un carácter retroactivo ilegal.

El artículo 15 del Reglamento nº 17 subordina la imposición de una multa a la condición de que la infracción de que se trate haya sido cometida deliberadamente o por negligencia.

La primera de estas expresiones debe entenderse en el sentido de que las empresas y las personas que actúan por cuenta de éstas

hayan tenido conciencia de que las prácticas concertadas aplicadas entre ellas o la utilización abusiva que puedan haber realizado de su posición dominante tenían efectos restrictivos de la competencia e incurrían por tanto en las prohibiciones previstas en el apartado 1 del artículo 85 o el artículo 86. Pero ello no es una condición necesaria. La mera negligencia basta para justificar la imposición de una multa, ya que las empresas no habrían debido ignorar el carácter ilícito de su comportamiento.

Por otra parte, el Tribunal de Justicia ha considerado que la existencia de una voluntad deliberada constituye una circunstancia agravante que la Comisión puede legítimamente tener en cuenta a la hora de determinar el importe de la multa (sentencia de 15 de julio de 1970, Böehringer/Comisión, 45/69, Rec. pp. 769 y ss., especialmente p. 810).

La Comisión está obligada, a este respecto, a motivar su decisión. Así lo hizo en el presente caso, sin detenerse, sin embargo, en cada una de las imputaciones. No creo que por haber empleado una fórmula de carácter general la motivación se pueda considerar insuficiente, pues está claro que se aclara, con respecto a cada una de las empresas interesadas, mediante la exposición detallada y motivada de las circunstancias de hecho en que se cometieron a las infracciones.

En cuanto al fondo, no cabe duda que el comportamiento de las empresas fue efectivamente deliberado. Entre los documentos que figuran en autos, he comprobado que son muchos los que no sólo prueban la materialidad de las infracciones, sino que aclaran las intenciones de las demandantes y su voluntad común de excluir la competencia entre productores en sus respectivos mercados, así como de proceder a un reparto entre ellos para la exportación a países terceros.

En tercer lugar, el apartado 2 del artículo 15 del Reglamento nº 17 no impone en modo alguno a la Comisión, como afirman, sobre todo, Say, Béghin, Générale sucrière y Sucres & Denrées, la obligación de efectuar un desglose de la multa entre cada una de las infracciones imputadas.

La alegación textual, basada exclusivamente en el empleo de la palabra «infracción» en singular, no basta para justificar tal conclusión.

Las infracciones de las normas comunitarias sobre la competencia no se pueden equiparar a infracciones penales y a la Comisión sólo la obliga, al determinar la cuantía de la multa, el doble techo fijado por el Reglamento nº 17, a saber, como valor absoluto, una suma de 1 millón de unidades de cuenta o, en su caso, una suma igual al 10 % del volumen de negocios alcanzado por la empresa de que se trate durante el ejercicio económico precedente.

Así pues, la Comisión dispone, bajo el control del Tribunal de Justicia, de una amplia facultad de apreciación y no está

obligada, en caso de acumulación de infracciones, a determinar por separado la parte de la multa que corresponde a cada una de las infracciones imputadas.

Más aún, el principio de la fijación individual de la multa no excluye la determinación previa de una cuantía g lobal distribuible entre las diferentes empresas participantes en una práctica colusoria o en prácticas concertadas, como lo declaró el Tribunal de Justicia en la sentencia citada Böehringer/Comisión (Rec. 1970, p. 812).

Sin embargo, la Comisión debe determinar la cuantía de la multa en función de la gravedad y la duración de las infracciones imputadas.

El Tribunal de Justicia precisó en la misma sentencia que esta determinación debe efectuarse teniendo en cuenta, en particular, la naturaleza de las restricciones introducidas en la competencia, el número y la importancia de las empresas afectadas, la respectiva cuota de mercado que controlan en la Comunidad y la situación de este mercado en la época en que se cometió la infracción.

La Comisión no omitió esta apreciación, puesto que explicó, de manera general, la gravedad de las infracciones. Reprochó a las demandantes el hecho de que el azúcar es un producto alimenticio básico que reviste una especial importancia para el consumidor, así como el hecho de que las prácticas imputadas son manifiestamente contrarias al objetivo de alcanzar un mercado único, pues tendían esencialmente a compartimentar los mercados nacionales o regionales y a mantener las posiciones anteriormente conseguidas por los productores.

Con carácter general, las demandantes alegan que la cuantía de las multas es manifiestamente excesiva, comparada, en especial, con las sanciones pecuniarias anteriormente impuestas por la Comisión por infracciones de las normas sobre la competencia. Ven en ello la manifestación del espíritu sistemáticamente represivo con que, a su juicio, se tramitó el procedimiento, evidenciado por las informaciones que la Comisión hizo públicas antes incluso de que se adoptara definitivamente la Decisión.

Verdad es que, en valor absoluto, las multas impuestas pueden parecer particularmente gravosas. Por lo demás, la Comisión no oculta que trató de reprimir las actuaciones anticompetitivas de modo más severo que en el pasado.

Ahora bien, observa que, en todo caso, dichas sanciones se sitúan muy por debajo del límite máximo que para las multas señala el apartado 2 del artículo 16 del Reglamento nº 17, en función del volumen de negocios que alcanzaron las empresas en el último ejercicio precedente a la Decisión. En efecto, la cuantía de las multas oscila, según las demandantes y habida cuenta de su grado de responsabilidad, entre el 0,5 %

y el 2 %, como máximo, de sus respectivos volúmenes de negocios. Salvo el caso particular de las empresas comerciales, como la sociedad Sucres & Denrées y la entidad comercializadora Südzucker Verkauf, no creo, por mi parte, que las sanciones impuestas sean excesivas, teniendo en cuenta la gravedad de las infracciones imputadas en la Decisión impugnada y sus consecuencias en los intercambios dentro de la Comunidad.

Es oportuno, ciertamente, tener en cuenta los elementos característicos del régimen establecido por el Reglamento nº 1009/67, del que ya he dicho que los sistemas de precios y sobre todo de cuotas nacionales entrañaban, en sí mismos, un cierto estímulo a la restricción de los intercambios de azúcar entre los Estados miembros y al mantenimiento de una cierta compartimentación de los mercados nacionales.

Ahora bien, me parece que la propia Comisión tuvo en cuenta estos elementos en el sentido de atenuar, en cierta medida, la responsabilidad de las empresas.

Así lo explicó claramente al afirmar:

- por una parte, el hecho de que «la habituación de los productores a los usos nacidos de las organizaciones nacionales de mercado anteriores al 1 de julio de 1968 no facilitó su adaptación a la nueva situación creada por la organización común del mercado»;

- por otra, el hecho de que esta organización común implicaba ciertas restricciones, sin que por ello excluyera las posibilidades de competencia.

Por consiguiente, si no hubiera yo mismo propuesto prescindir de determinadas imputaciones, por los motivos antes expuestos, me sentiría inclinado a proponer al Tribunal que confirme las multas impuestas, excepto las que afectan a empresas no productoras.

Pero debo ser coherente con las soluciones que he juzgado oportuno defender en lo que se refiere, por un lado, a la imputación de prácticas concertadas destinadas a la protección del mercado italiano y, por otro, a la falta de aplicación de la concertación en el mercado de los Países Bajos entre los productores neerlandeses y la empresa Pfeifer & Langen.

Si este Tribunal de Justicia comparte mi punto de vista, deberá declarar la anulación parcial de la Decisión impugnada, en la medida en que imputa a las empresas afectadas infracciones del apartado 1 del artículo 85. En consecuencia, deberá asimismo anular el artículo 3 de la misma Decisión, en la medida en que se refiere a aquellas de las empresas que fueron censuradas únicamente por su participación en la concertación relativa a los suministros de azúcar en Italia. Es éste el caso de seis productores de este país:

«Eridania» zuccherifici nazionali,

Società italiana per l'industria degli zuccheri,

Cavarzere produzioni industriali,

Società agricola industriale Emiliana,

Zuccherificio del Volano,

y, por último, SADAM.

Por el contrario, en lo que se refiere a las otras empresas consideradas, a saber, las sociedades Béghin, Say, Générale sucrière, Sucres & Denrées, Raffinerie Tirlemontoise y, por último, la empresa Süddeutsche Zucker AG, únicamente procede revocar el artículo 3 de la Decisión impugnada, reduciendo el importe de la multa impuesta a cada una de ellas.

Esta reducción debería tener en cuenta la gravedad relativa de la infracción del apartado 1 del artículo 85, encaminada a la protección del mercado italiano, en comparación con la gravedad de otras infracciones que se les imputaron.

A este respecto, no creo tener que precisar en qué proporción, según los casos, debe reducirse el importe de las multas, pero me parece equitativo tener en cuenta el hecho de que, según la Comisión, la imputación relativa a los suministros en el mercado italiano revistió especial gravedad. En efecto, Italia -la zona más deficitaria del mercado común- es o habría debido ser, como afirmó la demandada, el terreno predilecto de la competencia en los intercambios intracomunitarios; es verdad también que las cantidades de azúcar importadas en este país procedentes de Francia, Bélgica e incluso Alemania durante las cuatro campañas que se consideran ascendieron a 650.000 toneladas en el marco de la concertación alegada.

En estas circunstancias, es casi indudable que, al determinar el importe de las multas, esta imputación revistió una especial importancia. Es cuando menos cierto que, por su gravedad y su duración, justificó, a juicio de la Comisión, una sanción mucho más severa que la imputación de concertación sobre las licitaciones relativas a las exportaciones a países terceros.

Por lo que se refiere a la protección del mercado neerlandés, me parece que la imputación formulada -a mi entender, equivocadamente- contra Suiker Unie y Centrale Suiker, por un lado, y contra Pfeifer & Langen, por otro, tuvo una importancia claramente menor, aunque sólo sea por la situación respectiva de los mercados de los Países Bajos y de la parte occidental de Alemania, que no habría permitido, en ningún caso, más que escasas importaciones de azúcar en el mercado neerlandés.

Por lo demás, se ha visto que el único suministro controvertido de azúcar de Pfeifer & Langen a Limako sólo se refería a una

cantidad relativamente reducida. A la vez que propongo excluir esta imputación, sugiero al Tribunal de Justicia que el importe de las multas impuestas a estas tres empresas se reduzca sólo en una medida estrictamente limitada.

Por último es preciso resolver la cuestión particular suscitada por la sociedad Sucres & Denrées. La Comisión admitió que estableció una cierta proporción entre la cuantía de las multas impuestas y el volumen de negocios de las empresas afectadas. Ahora bien, si este elemento de cálculo me parece justificado en lo que se refiere a los productores, no sucede lo mismo en el caso de una empresa comercial que desempeña un papel de intermediario y que ejerce su actividad bien como corredor o bien adquiriendo la propiedad del azúcar que se encarga de exportar por cuenta de los productores. Pero sólo pasa a ser propietaria del producto durante el lapso de tiempo necesario para el transporte del azúcar y la realización de la operación. Sucres & Denrées actuó así frecuentemente y así sucedió, especialmente en el caso de las exportaciones de azúcar a Italia, con el fin de asegurar la garantía de calidad del producto exportado y el buen fin económico de la transacción.

Por consiguiente, es justo afirmar que la Comisión, al fijar el importe de la multa que le impuso, castigó en cierto modo dos veces el mismo volumen de negocios, el realizado por los productores franceses que negociaban con esta empresa y el que aparentemente realizó esta última, cuando lo cierto es que su retribución consistía en una comisión.

Al determinar el importe de la multa impuesta a dicha empresa, la Comisión se basó, pues, en una apreciación errónea. Para tenerla en cuenta e imputar a Sucres & Denrées únicamente su participación en las prácticas concertadas relativas a las exportaciones fuera de la Comunidad, entiendo, por tanto, que procede reducir la cuantía de la multa en una proporción claramente mayor que respecto a las sociedades Say, Générale sucrière y Béghin.

Sería equitativo, según mi parecer, proceder del mismo modo respecto a la entidad comercializadora Südzucker Verkauf, respecto a la cual debe admitirse la infracción del artículo 86 declarada por la Comisión, aunque teniendo en cuenta, para fijar el importe de la multa, que no se trata de un productor sino de una entidad de comercialización.

Por los motivos expuestos, propongo al Tribunal de Justicia, en definitiva, que:

1) Anule la Decisión impugnada (punto 1 del apartado 1 del artículo 1) en la medida en que se refiere a infracciones del apartado 1 del artículo 85, basadas en una práctica concertada que tenía por objeto y por efecto controlar los suministros de azúcar en el mercado italiano y proteger dicho mercado.

Anule, en consecuencia, el artículo 2 de la Decisión impugnada, en la medida en que afecta a las empresas a que se refiere dicho punto del artículo 1 (apartado 1), y el artículo 3 de la misma Decisión, en la medida en que dicha disposición impone multas a las empresas siguientes:

- «Eridania» zuccherifici nazionali [letra f) del apartado 1]

- Società italiana per l'industria degli zuccheri [letra g) del apartado 1]

- Cavarzere produzioni industriali [letra h) del apartado 1)

- Società agricola industriale Emiliana [letra i) del apartado 1]

- Zuccherificio del Volano [letra j) del apartado 1]

- SADAM [letra k) del apartado 1].

2) Condene en costas a la Comisión respecto a los asuntos n^{os} 45/73, 46/73, 50/73, 111/73, 113/73 y 114/73.

3) Desestime las pretensiones de la intervención de la Unione nazionale consumatori y la condene en las costas causadas por dicha intervención.

4) Anule la Decisión impugnada (punto 2 del apartado 1 del artículo 1) en la medida en que se refiere a infracciones cometidas por Suiker Unie y Centrale Suiker Maatschappij, por un lado, y Pfeifer & Langen, por otro, basadas en una práctica concertada que tenía por objeto y por efecto controlar los suministros de azúcar, en el mercado neerlandés, procedente de la parte occidental de Alemania y, en consecuencia, proteger dicho mercado.

Anule, en consecuencia, el artículo 2 de dicha Decisión, en la medida en que afecta a estas empresas en razón de dicha práctica concertada.

5) Revoque en el sentido indicado el artículo 3, relativo a la determinación de la cuantía de las multas impuestas.

6) Desestime en todo lo demás las pretensiones de los recursos en los asuntos 40/73 a 44/73, 47/73 y 48/73 y 54/73 a 56/73.

7) Condene en costas, con respecto a dichos asuntos, a las demandantes y la Comisión, respectivamente, en función de la reducción de la cuantía de las multas impuestas a cada una de las demandantes.